



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 139 (2020) II

Schweizerischer Juristentag 2020

Konsensuale Streitbeilegung
Corporate Social Responsibility

Congrès de la Société suisse des juristes 2020

Règlement consensuel des différends
Responsabilité sociale des entreprises



Unterstützt durch die Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

ISBN 978-3-7190-4380-3

ISSN 0254-945X

© 2020 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Inhaltsübersicht/Sommaire

Social Power, Social Responsibilities, and Corporations: from CSR to Business and Human Rights

KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER 5

Règlement consensuel des différends en droit pénal

CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE 97

Verhandlung statt autoritativer Vollzug?

Über konsensuales Verwaltungshandeln und konsensuale Streitbeilegung
im Verwaltungsrecht

ANDREAS STÖCKLI 153

Responsabilité sociétale des entreprises en droit de la société anonyme: entre devoir des organes et nouvelle technique de réglementation

RASHID BAHAR 269

Social Power, Social Responsibilities, and Corporations: from CSR to Business and Human Rights

KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER*

* Vice Director, Institut suisse de droit comparé. This paper was written in my private capacity. No ideas presented should be attributed to the Swiss government. The author would like to thank Professor Markus Schefer (University of Basel) and Professor Patrick Keenan (University of Illinois) for their thoughts and suggestions in the conception phase of this article. Any errors remain my own.

Contents

Einleitung	8
A. Introduction	9
B. Defining CSR: What it is (generally) and What it is not (specifically)	10
C. History of CSR	12
I. 1600–1800: Corporation as Deputy of the State	13
II. 19 th Century: Corporations and the Rise of Business Philanthropy	13
III. The 20 th Century: The Rise of Corporate Responsibility and its Opposition	15
1. Progressive Era	16
2. The Roaring Twenties and New Deal Era	18
a. The Role of Public Relations	19
b. CSR as the Child of Public Relations	21
3. World War II and Beyond	22
a. Post-WWII	22
D. CSR – as such – begins	24
I. Bowen’s Social Responsibilities of the Businessman	24
1. Who has the responsibility?	25
2. Why does the businessman need to attend to these responsibilities?	26
3. To whom is the responsibility owed?	27
II. 1960s Davis and CSR as Self-Interest	30
III. 1970s	32
IV. 1980s	35
V. 1990s–2010s	36
E. International Instruments Containing CSR	39
I. Instruments of the New International Economic Order	39
1. Investment Guidelines	39
2. United Nations Centre on Transnational Corporations	40
II. Business-encouraging Instruments	41
1. OECD Guidelines	42
a. Impact of the Guidelines	44
2. ILO Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy	44
3. UN Global Compact (2000)	46
4. UN Guidelines on Business and Human Rights (2005–2011)	47
a. The Ruggie Framework	47
b. United Nations Guiding Principles	49
c. The Impact of UNGPs on the CSR Discussion	52
F. CSR Today: CSR Today: Binding Treaty on Business and Human Rights	53
G. National Law and CSR	58
1. USA	58
a. The Beginnings of Corporate Regulation	59
b. Lochner Era	60
c. The End of Lochner and the Rise of the Regulatory State	62
d. Limiting the Administrative State to Limit Corporate Behavior	64
e. Rise in Corporate Regulation – and Voluntary Codes of Conduct	65
f. 1980s: Deregulation	65
g. 1990s–2016	66
2. CSR “Law”	67
a. Administrative Attention to CSR	67

b.	Legislative attention	69
aa.	Alien Tort Statute	69
bb.	Dodd-Frank Act	70
cc.	Trafficking Victims Prevention and Protection Act	72
dd.	State Legislation	72
aaa.	California’s <i>Transparency in Supply Chains Act of 2010</i>	72
bbb.	Washington State Transparency in Agricultural Supply Chains Act	73
c.	Judicial attention	74
aa.	Administrative Procedure	74
bb.	Free Speech	76
cc.	Jurisdiction in US Courts	78
aaa.	<i>Sosa v. Alvarez-Machain</i>	79
bbb.	<i>Kiobel v. Royal Dutch Petroleum</i>	79
3.	Europe	83
a.	European Union	83
aa.	2001 Green Paper on CSR	84
bb.	2011 EU Strategy for CSR	84
cc.	Non-Financial Reporting	85
dd.	Conflict Mineral Regulation	86
b.	United Kingdom: Monitoring of Slavery in the Supply Chain	86
c.	France’s Due Diligence Law	88
d.	Denmark: CSR Reporting Requirement	89
e.	Norway: Supply Chain Due Diligence Law	90
4.	Other	90
a.	Australia	90
aa.	Commonwealth Modern Slavery Act	90
bb.	New South Wales: Modern Slavery Proposed Act	92
b.	Hong Kong	92
c.	Canada	93
d.	The Netherlands	94
H.	Conclusion	95

Einleitung

Konzernverantwortlichkeit für Sozial- und Umweltprobleme ist kein neues Anliegen. Die Ursprünge der Konzernverantwortlichkeit («corporate social responsibility», oder CSR) reichen ins 19. Jahrhundert zurück und haben sich im Kern seit dann nicht verändert: Es ist das Verlangen, die soziale Macht der Konzerne mit einer sozialen Verantwortlichkeit auszugleichen. Das neuere Konzept einer Bindung der Wirtschaft an die Menschenrechte (Business and Human Rights) ist mit der Konzernverantwortlichkeit zwar verwandt, unterscheidet sich aber von ihr in zentralen Aspekten. Die Bewegung „Business and Human Rights“ strebt nach einer rechtlich verbindlichen Verantwortlichkeit der Unternehmen, im Gegensatz zur bisher freiwilligen Konzernverantwortlichkeit. Die Entwicklung des Wandels der Konzernverantwortlichkeit hin zu „Business and

Human Rights“ wird vorliegend beschrieben und anhand einer rechtskontextuellen Sicht des U.S.-Rechts und seiner Auswirkungen auf das Konzept der Konzernverantwortlichkeit im internationalen sowie europäischen Rahmen analysiert.

A. Introduction

«To the extent that businessmen or any other group have social power, the lessons of history suggest that their social responsibility should be equated with it. Stated in the form of a general relationship, it can be said that social responsibilities of businessmen need to be commensurate with their social power. [...]

The idea that responsibility and power go hand in hand appears to be as old as civilization itself. Wherever one looks in ancient and medieval history – Palestine, Rome, Britain – men were concerned with balancing power and responsibility. Men, being something less than perfect, have often failed to achieve this balance, but they have generally sought it as a necessary antecedent to justice. [...]»¹

Power. Responsibility. Balance. Justice. This quartet of concepts could easily encompass a large portion of our public law framework. What is sovereignty, after all, if not power, and what is law, if not an attempt to balance power with responsibility? And what are legal norms, if not responsibilities to pursue justice?

And yet, reading Keith Davis' words published in 1960 – a time when France and the United Kingdom alone still oversaw over 30 colonies – the idea of how power and responsibility must be balanced for justice to exist still seems fresh. This is, in my view, the fundamental issue. It leads, correspondingly, to the question I will pursue in this article: Does power and responsibility of corporations need to be balanced in the same way as states balance power and responsibility in order to achieve (or at least approach) justice – by trying to enhance responsibility? Or might that balance for corporations be better achieved through reducing their social power to meet their acceptance of responsibility?

The following pages set forth the history of the concept of *Corporate Social Responsibility* (CSR) from its earliest days to the present. My perspective in reviewing the developments was on the balance of the power and the responsibilities of corporations – a perspective that requires taking into account not just the legislative or administrative debates surrounding CSR per se, but the overall societal, governmental, and judicial approaches to corporate responsibilities

1 Keith Davis, Can Business Afford to Ignore Social Responsibilities? 2:3 Ca. Management Rev. 70–76, 71 (1960).

that exist. This, then, requires a national law focus, even where international trends are apparent. Thus, while I address the European adoption – and adaptation – of the US-centric notion of CSR and highlight how the internationalization of CSR has led to the current attempt to create a binding treaty on business and human rights, the bulk of the article remains in looking at these issues in U.S. law.

My conclusions are modest, but they surprised myself. I considered the move towards legally binding responsibilities as something unambiguously good. I no longer think so. Balance – necessary for justice – can be achieved in two ways: increasing both power and responsibility; or decreasing power and responsibility. More than a century of attempts to harness CSR by raising corporations' responsibilities leads me to wonder whether the law has not, after all, been trying too hard to escape the notion of “the business of business is business”.

B. Defining CSR: What it is (generally) and What it is not (specifically)

Corporate Social Responsibility (CSR), it might be thought, refers to the social responsibility of corporations. I suggest that this is only one possible view of CSR. The concept of CSR is no doubt, in part, about what duties (or, “responsibilities”) business entities (or, “corporations”) have, to those whose lives their actions (or inactions) affect (or, “society”). Yet, CSR is clearly also more than the sum of its individual parts.

First, CSR is not only about corporations in the legal sense of the corporation. It is about commercial actors of all kinds: partnerships, limited liability companies, associations, state-owned entities, single-person firms, and even individual entrepreneurs. While the entity of “the corporation” is a particularly interesting focus for the law of CSR, due to the separation of ownership from liability, certainly the broader growth in the notion of CSR and in the norms emerging out of CSR regard a wider range of actors than the corporate person itself.

Second, the responsibilities of the corporation, as foreseen by CSR, are not necessarily “responsibilities” – as opposed to “duties” or “obligations”. The term “responsibilities” may well indicate to CSR proponents that there is an ethical aspect to the propositions contained in a CSR statement, but the term is equally regarded as a softer form of obligation than a legal rule by businesses themselves. The European Commission, for example, defines CSR with explicit notice of the non-law character of the content: “a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interactions with their stakeholders on a voluntary basis”.² Some

2 European Commission, Directorate General For Employment and Social Affairs.

aspects of CSR, moreover, are legally required in some jurisdictions – making them part of corporate law. This, however, I do not regard as lessening their value as norms of CSR.

Finally, the corporations’ responsibilities under CSR are not merely “social”.³ The human, or community, orientation of the “social” duties of a corporation under CSR extend beyond the immediate geography of where the corporation undertakes activities, includes the persons working for the corporation, even when they are scattered across multiple jurisdictions (as the employees of multinational corporations are), but also intends to cover environmental impacts, arguably even when those impacts are not solely related to human lives. Indeed, with the close relationship between CSR and sustainable development, the “S” becomes a placeholder for practically anything that is not directly related to the financial profit-making activity of the company.

The terms *Corporate Social Responsibility* and *CSR*, then, are less legal terms than abbreviations used by different parties to express a view of how commercial actors relate to the life of the planet. The view one takes depends on where one is when looking at it. From the perspective of corporate law, the social responsibility questions that arise may be tied strongly to the very fundamentals of the corporate form: the role, for example, of shareholder interests and management decisions; the relationship between long-term and short-term goals; the relationship between stakeholder well-being and the purposes of the corporation as set out in the charter of incorporation; and the elements of corporate governance that need to be in place to make socially responsible decision-making an ordinary element within the basic decision-making framework.

From a private law perspective more generally, the questions often center on the liability of economic actors vis-à-vis stakeholders who are harmed directly or indirectly by management’s decisions. These questions can be either national or international in scope and cover both contract and tort law principles.

National public law has serious concerns about the regulation of corporate activities that affect or even alter the civil and political rights of individuals vis-à-vis the state. Questions such as what rights attach to corporations themselves, whether the “voice” of the corporation must be protected, and to what degree corporation interests should be permitted to influence election campaigns, are all aspects of the tie-in of CSR to public law.

Administrative law, too, is heavily influential on CSR. Obviously, numerous topics under administrative regulations overlap with CSR – labor law and environmental law top the list by virtue of their obvious connections. Consumer pro-

3 See Holger Fleischer, *Corporate Social Responsibility: Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht* in: Holger Fleischer, Susanne Kalss, und Hans-Ueli Vogt, eds., *Corporate Social Responsibility* 1–38, ftnt. 4 (Mohr Siebeck: Tübingen, 2018) (explaining the potential misunderstandings arising from the use of the word «social» in the reference to CSR in German, underscoring the difference between the meaning of «social» and the meaning of “sozial”).

tection law, health rules, and data privacy frameworks are equally significant aspects of corporations' legal concerns related to societies in which they are active. The overall administrative law system, however, also determines how far governments can intrude into the activities of companies. Economic and social regulatory "meta"-frameworks may be just as important as the individual rules emanating from executive agencies.

From a public international law perspective, the evolution of the use of the concept of CSR continues to struggle with detaching enforcement jurisdiction from the territorial boundaries of a host to extend to territories in which damages arise. This ties in with trying to concretize the state's role in promoting CSR – a duty recognized by the Swiss Confederation as one related to the pursuit of sustainable development⁴. Even more significant in the broad view, however, is the underanalyzed aspect of CSR in terms of the core international legal philosophies regarding how to protect equal sovereignty in a world of grave inequalities in wealth, influence, and capabilities among states.

C. History of CSR

The history of the international move to recognize corporate social responsibility is often tied to the history of the corporate form itself. While numerous authors have pointed out the role of "public interest" in the law of chartering corporations during the 18th and 19th centuries⁵, from a public law viewpoint, the more striking lesson from history is that CSR is potentially picking up on a controversial aspect of corporate activity that has existed since the original corporate businesses: the state's role in authorizing the existence of a legal entity and lending it powers to pursue profit.

The idea of a "corporate" entity had – at the latest – Roman law origins. The "corporate" form provided a group of persons the possibility of creating a body that could own property, sign contracts, and engage in legal proceedings (as plaintiff or defendant). Perhaps as importantly, a corporate body could outlive any of the individual members. Thus, universities, professional organizations, even local governments and churches, were incorporated.⁶ The corporation's relation to the state was integral – it was a creature formed under state power. Its acts, therefore, were plausibly regarded as extensions of state power.

4 See SECO, Bericht zur CSR-Positionspaper des Bundesrates p. 5 (1 April 2015).

5 See, e.g., Fleischer, *supra* n. 3 at 4–11; Catherine Dolan and Dinah Rajak, Introduction: Toward the Anthropology of Corporate Social Responsibility in: *ibid.*, eds., *The Anthropology of Corporate Social Responsibility* 1–28, 5, 6 (Berghahn Books: New York/Oxford, 2016)

6 Harold Joseph Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* 215–216 (Cambridge: Harvard University Press, 1983).

I. 1600–1800: Corporation as Deputy of the State

By the late Renaissance, monarchs, and later their government agents, were granting legal authorization for incorporation in the form of a charter. The charter set forth the rights of the corporation and procedures for its dissolution and its purpose of existence, the latter being of particular importance for CSR.

These purposes, not surprising, reflected the granter's own interests. The English East India Company, for example, requested a charter to establish a company to develop England's trade relations with India and other as-yet-undiscovered ports in the area. Queen Elizabeth's grant, at the end of 1600, included not only her permission to form the company, but also her expectations that the company would participate in the "Increase of our Navigation, and the Advancement of lawful Traffick, to the Benefit of our Common Wealth".⁷

While the imagined "Benefit of our Common Wealth" in the seventeenth century may not coincide with our view of social responsibility, the lesson for CSR is that early corporations were a commercial arm of the state, at least in their overseas engagements.⁸ This quasi-deputization of corporations was more often realized in exercising the advantages of authority than in being held accountable to citizenry, but then again, a state's own responsibility to its people was not well developed prior to the 20th century, either.

II. 19th Century: Corporations and the Rise of Business Philanthropy

"I believe that every right implies a responsibility; every opportunity, an obligation; every possession, a duty." John D. Rockefeller

The history of becoming CSR continues with the Industrial Revolution's entrepreneurs. The rapid changes in social relations that occurred across Europe and America over the course of the 19th century paved the way for much thinking about the role of commerce in the life of communities. The rise of factory work and its resulting urbanization made clear that business' pursuit of profits could have a deep and long-lasting impact on the health and lives of people and the physical environment. Child labor and indentured servitude, polluted air and water, and dense living spaces made more dangerous by instable and

7 Charter Granted by Queen Elizabeth to the East India Company, 31 December 1600 (<https://en.wikisource.org/wiki/Charter_Granted_by_Queen_Elizabeth_to_the_East_India_Company>).

8 The border between state and commercial actor was blurred even more strongly in the case of the Dutch East India Company, or Verenigde Oostindische Compagnie (VOC), chartered two years later. The VOC's charter set out the reason for the grant as one to create "a fixed, secure and orderly entity [to be] managed and expanded for the good of all the residents of the united provinces." Peter Reynders, Rupert Gerritsen, A Translation of the Charter of the Dutch East India Company (Verenigde Oostindische Compagnie or VOC): Granted by the States General of the United Netherlands, 20 March 1602 (Australasian Hydrographic Society, 2009) (<<https://www.australiaonthemap.org.au/voc-charter/>>).

cheaply constructed buildings, were as much part of the Victorian lifestyle as were bandstands and the Gothic novel.

The visibility of deeply negative results of unregulated capitalism, brought to widespread attention by popular novels and journalism, was strikingly different to the results of chartered companies' uses of power in the past. Whereas the damages caused by the East India company and its likes lay mainly in far-flung lands, the injuries inflicted by the industrialists were apparent in the daily life of the urban populations of Europe and America.

The state – increasingly moving away from the absolutist vision of the past centuries toward democratic or at least strictly controlled monarchic structures – was still a promoter of the general welfare. The nation state would largely replace the chartered trading companies with a professional corps of diplomats to pursue statal foreign relations – separating (at least philosophically) the public and private sectors.

The creation of the registered joint stock corporation was a legal expression of this change. With establishment of corporations shifted to administrative registration unclear sentence, please rephrase, the corporate purpose became one solely of profit making.⁹ The introduction of the limited liability of the individual shareholders, in turn, allowed the activities of the corporation to be clearly distinguished from those of the state in which it was constituted.

The mid-19th century's version of the corporation's relationship with society thereby stepped away from that of the original corporate charter by virtue of seeing businesses as primarily responsible for the making of profits for the shareholders. The conception of the state, on the other hand, mainly revolved around the protection of the rights to property and as an insurer of individual freedom. This view merged with the growing adherence to liberalist economic theory, which rejected state "intervention" in the private sphere beyond the provision of judicial systems.

Yet, while businesses were absolved of non-commercial duties, the ethics of philanthropy grew to provide for those on whose shoulders the market system was being carried. Growing out of the profit-ethic, which prized the accumulation of wealth as a key to economic development¹⁰, philanthropy (alongside charity) became the hallmark of the businessman's ethics by the late 19th century. Thus, Andrew Carnegie, John D. Rockefeller, and Commodore Cornelius Vanderbilt are known as among those who wanted to improve society by giving away large portions of their profits to dedicated causes. "I believe that every right implies a responsibility; every opportunity, an obligation; every posses-

9 The Delaware corporate law statutes, for example, say: "the purpose of the corporation is to engage in any lawful act or activity for which corporations may be organized under the General Corporation Law of Delaware". See <www.legalzoom.com>.

10 Richard C. Hoffman, Corporate social responsibility in the 1920s: An institutional perspective 57 (2007) (DOI: 10.1108/17511340710715179; viewed 22 December 2019).

sion, a duty”, said Rockefeller. That among Rockefeller’s other statements were “Do you know the only thing that gives me pleasure? It’s to see my dividends coming in” and “The way to make money is to buy when blood is running in the streets” may lessen somewhat one’s admiration for the man’s inner drive, but not the belief that he was committed to his philanthropic activities.¹¹ After all, he also proposed, “Giving is investing”.¹²

By the 1880s and 1890s, financial contributions to organizations such as the Young Men’s Christian Association (YMCA) and other employee-welfare charities had become established practice not only by the railroads (who had been supporting the YMCA since its earliest days as a place to foster the skills of railroad workers)¹³, but also for other banks and manufacturers.¹⁴

Aiming to shape society, the philanthropists were “giving back” to the community from which they had derived their profits. The sequential nature of the philanthropic exercise, however, was significant: businessmen made profits first, shared profits second. While economically this increased the financial resources available to keep the economy growing, on the political level, this provided a natural limit to any “responsibility” of business enterprises or businesspersons toward employees and the broader community.

III. The 20th Century: The Rise of Corporate Responsibility and its Opposition

While the 20th century business context began with little difference regarding the beliefs in the role of business in society, it did witness a change that is of great significance to the view of CSR today: the firm establishment of the deeply multinational corporation. The realization of problems beyond the borders of these companies’ seats followed closely – as did the attempt to use the law to remedy such failings of responsibility.

11 Brainy Quotes, John D. Rockefeller (<<https://www.brainyquote.com/authors/john-d-rockefeller-quotes>>; 12 January 2020).

12 Id.

13 Railroad companies began making contributions to the establishment of “railroad YMCA” branches in 1872. The Y, History: 1870s-1890s, <<https://www.ymca.net/history/1870-1890s.html>> (12 January 2020). They helped finance the construction of buildings, and encouraged workers to join as members in return for the YMCA’s contributions to workers’ physical and moral well-being. See Thomas Winter, *Making Men, Making Class: The YMCA and Workingmen, 1877-1920*, 65-70 (Univ. Chicago Press, 2002).

14 Pierce Williams and Frederick E. Croxton, *Corporation Contributions to Organized Community Welfare Services* 54-55 (New York, 1930) (listing contributors noted in various YMCA chapter records; these included a lumber company, cotton manufacturers, and a streetcar company).

1. *Progressive Era*

Growing popular dissatisfaction with the problems of unfettered capitalism characterized the turn of the century, with the public concerned not only with the physical effects of the profits-only attitude that corporate titans were having on their employees, but also on the business class's stronghold on political decision-making. As companies grew larger and their executives ever richer, the political parties of the late 19th century were largely dominated by the demands of business, with corporate contributions having a decisive influence on elections at both federal and State levels.¹⁵

The rise of investigative journalism (pejoratively labeled “muck-rakers” in 1906 by President Theodore Roosevelt) highlighting the business-political party linkages helped along public awareness – and resentment – of corporate America. A series of laws and court cases looking at the financial relationships between the private and public sectors legally diminished the acceptability of the role of corporations as a shaper of laws and government policy.¹⁶ A number of groups, organized labor in particular, began to become more active in denouncing corporate abuses and calling for their stricter regulation and the accountability of the persons responsible.¹⁷

Regardless of the changing popular view of corporate unaccountability and despite the growing number of scandals involving corrupt business practices, the widely accepted attitude of the business (and corporate law) community during the Progressive Era was to maintain the narrow view of corporate purpose to be one of making profits for the benefit of the shareholder. Thus, on the side of corporate leaders themselves, corporate philanthropy – voluntary, after-profit, targeted paternalism – remained the main element of corporation-society relations. William J. Ghent labeled this “benevolent feudalism”, writing in 1902 of the nearly imperceptible difference between medieval and contem-

15 Robert North Roberts and Nicole Bizzoco, Campaign Finance Reform (Federal) in: Amy Handlin, ed., *1 Dirty Deals? An Encyclopedia of Lobbying, Political Influence, and Corruption* 385–388, 386 (Santa Barbara/Denver/Oxford: ABC-CLIO, 2014) (noting that at the federal level, the presidential campaign of 1896 was allegedly decidedly influenced by corporate contributions to the Republican party). See also Gregory Bordelon, *History and Evolution of Lobbying and Regulation*, in: Handlin, 29–63, 31 (explaining that the term “lobbying” arose in the 1860s from the practice of interest group representatives waiting in the lobby of a Washington, D.C. hotel popular with politicians to “smoke a cigar with President Ulysses S. Grant or to meet with Congressmen” – and, implicitly, to let them know what policies they wanted put into, or kept out of, law; citing Nicolas Allard, *The Law of Lobbying: Lobbying is an Honorable Profession: The Right to Petition and the Competition to Be Right*, 19 *Stan. L. & Pol’y Rev.* 23–68 (2008)).

16 Bordelon, 31–33. Bordelon refers, *inter alia*, to the Supreme Court cases of *Trist v. Child*, 88 U.S. 441 (1875) (declaring a contract for using personal influence with legislators to promote the passage of a law void if it has a “corrupt influence” on Congress) and *Hazelton v. Sheckells*, 202 U.S. 71 (1906) (extending the prohibition of corrupting lobbying on legislators to such lobbying of administrative officials).

17 *Id.* at 31.

porary social relations: “From magnate to baron, from workman to villain, from publicist to court agent and retainer, changes of state and function [are] so slight as to elude all but the keenest eyes”.¹⁸ Despite the continuing inequalities, Ghent recognized that the new business owners had “faint stirrings of an ethical sense” absent in times past.¹⁹

“The enormous benefactions for social purposes, the construction of <model workshops> and <model villages,> though in many cases prompted by self-interest and in others by a love of ostentation, are at least sometimes due to a new sense of social responsibility. A duty to society has been apprehended, and these are its first fruits. It is a duty, true enough, which is but dimly seen and imperfectly fulfilled. The greater part of these benefactions, as has already been pointed out, is directed to purposes which have but a slight or indirect bearing upon the relief of social distress, the restraint of injustice, or the mitigation of remediable hardships. The giving is even often economically false [...]. But, though often mistaken as is the conception and futile the fulfilment of this duty, the fact that it is apprehended at all is one of considerable importance, and one that carries the promise of baronial security in the days to come.”²⁰

These “stirrings” were given voice by corporate leaders such as Theodore Vail of Bell System (telephone services), John Rockefeller (Standard Oil), and Elbert Gary and George Perkins (US Steel Corporation); acknowledging that the companies’ “efforts to win social approval [...] were undoubtedly directed more toward public persuasion than toward self-examination”, Morrell Heald notes the significance of the “new sensitivity to community opinion [that] had begun to take form”.²¹ Indeed, where the community opinion perceived that the social responsibility of companies was feigned, there could be backlash. The Cadbury Brothers case is a good example.²² The chocolate company had made a positive impression on its customers by making contributions to the Anti-Slavery Society and denouncing slavery in China and central Africa, but the Evening Standard reported on the use of slave labor in Cadbury’s supply chain in West Africa. The potential damage to reputation, it seemed, was enough to spur the company to legally accuse the newspaper of libel.

Despite the vocal acknowledgements of corporate managers as “semi-public servants” (as Perkins stated)²³, as the first decade of the 20th century passed, business leaders had to face intensifying popular backlash against their commercial practices. Legislation to further regulate competition (the Clayton Act

18 William J. Ghent, *Our Benevolent Feudalism*, 182 (New York, 1902) (available online at <http://www.gutenberg.org/files/53052/53052-h/53052-h.htm#Page_180>; viewed 6 January 2020).

19 *Id.* at 183.

20 *Id.* at 183–184.

21 Morrell Heald at 378.

22 *Cadbury Bros. v. Standard Newspapers, Ltd.*, CP 115, Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (July 28, 1909).

23 Heald at 378 (quoting George W. Perkins, *The Modern Corporation* (1908)).

of 1914²⁴ joined the Sherman Act, adding unfair practices to the abuse of monopoly power as prosecutable acts) and lobbying were not enough to stem the tide of negative perceptions of corporate America that were widely held as the First World War broke out. Something, businessmen realized, had to change.

What changed was more about how business presented itself than what business did.²⁵ Nothing, perhaps, testifies to the seriousness of the public perception problems facing corporations of the early 20th century, than the contemporaneous rise in two aspects of business-society relations: a stated commitment to community and the study (and practice) of public relations.

2. *The Roaring Twenties and New Deal Era*

In its impacts on CSR, the United States' involvement in World War I was more significant at home than were its army's exploits overseas. This was due to the unprecedented need for manufacturing and industrial-level agricultural production to carry out the war effort. As working age men were deployed and had to be equipped, those who remained at home to work in the factories gained new leverage over employers. Labor capitalized on this, and US political climate began to turn in favor of union interests. The government began to protect worker and union rights in a way never before realized, with safer workplaces, better employment conditions (including higher salaries and retirement benefits), and the creation of a new labor relations board (the War Labor Board) allowing workers to resolve their disputes with management.

The favorable conditions, however, proved to have been purely instrumental to the furtherance of the war efforts. Even by early 1919, management interests resumed their pre-war tact. With the return of deployed soldiers, joined by large numbers of women and minorities, who had entered formal employment during the war, unemployment rose. High inflation combined with rising costs of living created dissatisfaction among the working classes: their anger aimed largely at their employers. Labor unrest became a real threat to business, and the "Red Scare" underlined the concomitant governmental fear of a Bolshevik-style rebellion.

With the unions protesting a return to pre-War employment conditions, and with growing skepticism toward big business' role as a core part of society, a

24 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53. The Clayton Act expanded the Sherman Act's proscriptions on anti-competitive practices by prohibiting unfair practices such as price discrimination and mergers where the result "may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly". 15 USC § 18 (commonly referred to as "section 7" of the Clayton Act).

25 To be fair, there was a considerable level of business contributions to wartime community welfare projects during the First World War. Heald notes that business giving of both "leadership and funds were substantial and a practice of corporate giving for community welfare programs was firmly established". Morrell Heald, *Management's Responsibility to Society: The Growth of an Idea*, 31:4 Bus. Hist. Rev. 375, 379 (1957).

wave of strikes began to sweep the country.²⁶ Despite attracting thousands of unionized employees, industrial leaders succeeded in ensuring that the strikes remained largely ineffective.²⁷ In a climate of anti-communist, anti-immigrant, and racist sentiments, businessmen characterized the organizers as radicals and communists.²⁸ The two largest strikes (the US Steelworkers' strike of 1919 and the 1922 Railways Shopmen strike) thus not only failed to achieve improvements in labor conditions or a slowing of the growth of US companies, they ended up reducing union membership and labor leverage over management.

With a regulatory climate of partnership between the government and corporate interests (low tax rates, protective tariffs, and increasing limits on the right to strike) and with the labor movement and other critics under control, corporate America in the 1920s was able to move forward with a new narrative of business-community relations: that of industry's "service" to society (captured by Henry Ford's motto, "service before profit").²⁹ Notably, however, the definition of "service" was largely left to business itself³⁰, leaving room for seeing business' positive contribution to the community as that of "making and selling merchandise of reliable quality for the lowest practically possible price, provided that the merchandise is made and sold under just conditions" (as stated by Edward Filene)³¹.

This view meant that the business community would become, increasingly, an integral part of American society, shaping as well as responding to, communities' needs and demands. To generate public support for this evolution – indeed, to make the public active participants in this evolution – the business community turned to public relations.

a. The Role of Public Relations

Public relations was a new and highly controversial field in the first half of the 20th century.³² Its rise to full acceptance in the 1930s was largely due to the embittered relations between labor and management that existed in the previous decades – and companies' need to appear to be acting for the good of society.³³ Making the public "understand" business' beneficial, indeed even essential, contributions to freedom and the prosperity of all, was the overriding message

26 Kathleen Morgan Drowne and Patrick Huber, *The 1920s* 7 (Westport, CN/London: Greenwood Press, 2004)(stating that there were 3,300 strikes in 1919 alone).

27 *Id.*

28 Drowne and Huber at 7 (writing that the public opposition to the strikes was mainly due to "pre-existing racial and ethnic tensions" in a context in which "economy was in recession, unemployment was high, and living costs were even higher").

29 Heald at 380–381.

30 *Id.* at 380.

31 *Id.* at 381.

32 See Richard S. Tedlow, *The National Association of Manufacturers and Public Relations during the New Deal*, 50: 1 *Business History Rev.* 25–45, 27 (1976).

33 *Id.* at 26.

of the public relations professionals of organizations such as the National Association of Manufacturers.³⁴ To do this, companies (and industries) began to advertise their commitment to the community.

In the mid-1920s, corporations (having weakened the unions) began to “assume greater responsibility for employee welfare on their own terms”.³⁵ The attention to employee welfare mingled with the Taylorist models of management. Adjusting Taylor’s vision of the manager’s job as one of scientifically determining how production processes should be organized, revisionists of the 1920s “sought to make management practice more responsive to human needs as well as to that of production”.³⁶ Thus, the manager’s role took on an important aspect of providing for not only the corporation’s economic demands, but also for the conditions within which its workers, customers, and suppliers could flourish. Professionalization of all aspects of the corporate workforce led to a newly professionalized corps of human resources departments that focused not only on hiring, but also on caring for employee welfare. Professionalized public relations teams aimed to spread ideas about the corporation’s “service” to its employees and to the community.³⁷ In short, the corporation began to promote the idea of corporate social responsibility.

The precise nature of this responsibility, however, had little theoretical grounding. Self-interest, to be sure, played a large role, but its further characteristics were fluid.

One of the theories of why CSR-thought remained ungrounded in the between-war years is that the rise of Taylorism’s scientific approach to management coincided with the final collapse of the institutional and philosophical foundations of the *laissez-faire* economy.³⁸ William C. Frederick explains *laissez-faire* as the system (dominant in the 18th and 19th centuries) in which small businesses (including partnerships but not corporations) acted in their own self-interest without governmental constraints, leading to the promotion of public welfare.³⁹ As corporations continued to grow in size and influence, their management became increasingly removed from ownership, and thus from the constraints of attending to the public interest.⁴⁰ This left a theoretical gap in determining how to direct their power to assist societies.⁴¹ In Frederick’s words:

34 Id. at 34 (explaining the industry’s view that individual freedom was an indivisible combination of free speech, press, religion, and enterprise).

35 Hoffman, *Corporate social responsibility in the 1920s* at 59. Available from: <https://www.researchgate.net/publication/241213324_Corporate_social_responsibility_in_the_1920s_An_institutional_perspective> [accessed Dec 22 2019].

36 Hoffman, *Corporate social responsibility in the 1920s* at 59.

37 Id. at 62.

38 See William C. Frederick, *Corporation, be Good!: the Story of Corporate Responsibility* 15 (2006).

39 Id. at 13–14.

40 Id.

41 Id. at 15.

“The philosophy of laissez faire had collapsed as thoroughly as had its supporting institutional framework. [...] Gone, or seriously weakened, was the invisible hand of free competition which was to guide selfish interests into socially-useful channels. Displaced from the center of the stage were the old forms of business organization [...] through which competition was to work. [...] Gone was the theory of harmony of interests which was to be the automatic outcome of the self-seeking interests of a society of rational men checked in their selfishness by the invisible hand of competition. [...]

The collapse of the laissez faire philosophy created a philosophical vacuum. It is this vacuum that businessmen and others interested in the issue of business responsibility have been trying to fill since the end of World War II.”⁴²

The economic downturn of the late 1920s and 1930s slowed progress on the development of the social responsibility discussions until after World War II, but the social responsibility concept established in the 1920s had a lasting impact. Corporate management today continues to accept the “service” role. The question now is just how far this role should obligate the corporation to act as a matter of law.

b. CSR as the Child of Public Relations

While it would be too much to say that corporate social responsibility was solely the product of public relations professionals, the simultaneous growth in the strategic use of the press, public events, and self-published materials – in addition to advertisements – and in the visibility of corporate dedication to community (“stakeholder”) interests makes the correlation noteworthy. Lest this make us regard the exercise of CSR as “merely” a “publicity stunt”, we would do well to keep in mind that sometimes publicity stunts have unintended beneficiaries. As Tedlow comments:

“[...] [A]lthough [public relations’] methods and messages may not have satisfied the liberal politician or union leader, it did provide the employer with a nonviolent means of expressing himself. And its basic tenet since the earliest days [...] had always been that an underlying harmony of interests existed, which needed only proper communication to be generally recognized.

“Talk, after all, rather than violence, was what public relations was all about, and as Professor Marvin Meyers has observed, “With talk brings responsibility.” Perhaps the employer came to believe some of the rhetoric of industrial harmony and “adjustment” that his own public relations men were composing for the consumption of others.”⁴³

42 Id. at 14–15.

43 Tedlow at 44 (citing Marvin Meyers, *The Jacksonian Persuasion* ix (Stanford, 1960)).

3. *World War II and Beyond*

By the onset of World War II, the stage was set for the emergence of at least basic notions of business “responsibilities” to society as founded on the significance of the corporation itself to the life of the community. Business leaders searching for answers to the fundamental questions of how to be ethical in the market system began to avidly discuss their responsibilities beyond the creation of financial resources for further economic growth.

The move toward CSR followed from the newly perceived role of states as regarding their populations. With the legal developments in the international law of human rights and the law of development, the basis was prepared for attributing obligations to corporations to contribute to the broad goal of ensuring human dignity.

a. Post-WWII

The post-World War II expansion and – particularly, deepening – of the global economy paved the way for the development of transboundary corporate responsibility by creating both the conditions under which corporate influence could spread its geographic scope as well as simultaneously making the conditions of life in far-flung corners of the globe a matter of concern to all.

The Second World War had made apparent the US corporations’ importance to the country’s prosperity as well as its national security. Having profited greatly from the war, however, the giant companies faced at least some resentment from the public. Perhaps this explains why the years following the end of World War II re-spurred discussions of corporate social responsibility.

The United States’ emergence from the war brought with it a renewed period of corporate-state policy correspondence. As the United States engaged in its Marshall Plan program to funnel money into Europe for rebuilding the productive (and consumptive) capacity of the war-damaged nations, it overtly courted the help of private businesses to further its goals. Offering the private sector government-backed investment guarantees⁴⁴, the US government, for example,

44 The idea to involve private businesses in the Marshall Plan eventually led to the founding of the Overseas Private Investment Corporation (OPIC) to offer the guarantee of security that businesses demanded. The OPIC became the model upon which the World Bank Group’s Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) was created. As Lipson explained:

“The idea originated in the President’s Committee for Financing Foreign Trade, a specially-appointed group of major industrialists and financiers. [...] the committee worked closely with the Treasury on the full range of international economic issues. By late 1947, with foreign investments still at a trickle, they began to consider stimulative policies. The idea of guaranty insurance was first broached in December 1947 by Edward Hopkinson, [...] president of the Investment Bankers Association. “Private financing,” said Hopkinson, “is likely to continue to be practically non-existent until confidence is established in the ability of Europe to achieve political and economic stability and to maintain a sustained trend in this direction.” [footnote omitted] He recommended that the government step into the breach and provide “transfer risk guarantees ... [to] facilitate the private financing of capital equip-

enticed businesses wary of losing their investments to war, expropriation, or currency inconvertibility to help rebuild the economic foundations of the European market. Although not explicitly tied to notions of “responsibility”, the idea of self-interested beneficence permeated the overseas activities of the post-war US corporations.⁴⁵

There were, however, also those American businessmen who vocally supported the idea of “responsibility” for their social impacts abstracted from any commercial self-interest. Morris Sayre, a leader in the agricultural products sector, gave a speech to the Congress of American Industry in December of 1948 in which he said the following:

“Let’s be frank about it. If our predecessors in management, two or three generations ago, had devoted a mere modicum of their time to some individual soul-searching about their motives, about their good faith, about the responsibilities they owe to the people – we wouldn’t be facing some of the tough problems we face today ... An active social conscience ... and individual recognition of social responsibilities will compel us, as individuals, to test every managerial practice, measure every policy by a simple yardstick. Not ‘What does it mean for me,’ but rather ‘What will this mean to my workers as people, to my customers, to my suppliers, to my stockholders, to the community in which my plant is located, to my government, to the industry of which I am a part, to the economy as a whole?’ These tests, honestly made, of every individual managerial action, policy, and practice, will be evidence of true social consciousness.”⁴⁶

Sayre’s words aptly captured the sentiment of the enlightened businessman at the dawn of the earliest days of CSR.

ment and the employment of private American technical and managerial services.’ [footnote omitted] [...].”

Charles Lipson, *The Development of Expropriation Insurance: The Role of Corporate Preferences and State Initiatives*, 32:2 *International Organization* (Spring, 1978), pp. 351–375, at 354 (citing Edward Hopkinson and William Machold, “The Development of the Marshall Plan,” unpublished paper (December 31, 1947), in Aldrich Papers, Correspondence File II, Box 140, File “President’s Committee for Financing Foreign Trade 1948,” p. 3, Baker Library, Harvard Graduate School of Business Administration, Boston, Massachusetts.)

- 45 The example of canned meat producer Hormel’s participation in the Lend-Lease program is noted as an example of post-war CSR. SmartSimple Blog, *A Brief History of CSR* (<https://www.smartsimpleblog.com/blog/2019/3/29/a-brief-history-of-csr/>; viewed 23 December 2019). The move to solidify corporate backing for the establishment of a permanent investment insurance agency during the 1950s and 1960s continued to use language that suggested the positive benefits that would come to the receivers of investment rather than the profits that were expected by those taking out policies. See Lipson at 359, footnote 25 and accompanying text (citing Memorandum from Don Daughters to Kenneth O’Donnell, “Suggestions for Improvement AID/State Operations,” June 13, 1962).
- 46 Morris Sayre, “We Owe It to America”, address before the Congress of American Industry, 3 December 1948 (emphasis in original) (cited in Bowen at 53, n. 9).

D. CSR – as such – begins

I. Bowen’s Social Responsibilities of the Businessman

The rise of modern attitudes toward corporate social responsibility is earmarked by the appearance of Howard R. Bowen’s book, *Social Responsibilities of the Businessman*. Often credited with being the “father” of the notion of CSR, Bowen himself noted that his reason for writing the book was “to investigate the much-discussed ‘concept of social responsibility’ as applied to businessmen”.⁴⁷ His contribution was therefore less that of an inventor as that of a thoughtful observer and synthesizer of philosophy and practice, putting together the current ideals of the US economic system, the realities of the impacts of that system on the country, and the Protestant moral viewpoint. Despite his focus on the contemporaneous situation of “the businessman”, his suggestions for action remain deeply insightful for discussions today.

Bowen’s introduction sets out his starting point clearly, and shows that his pathbreaking work actually adheres as closely with current CSR critics’ views as it does with CSR promoters’ claims. An extended quotation from his first chapter is warranted:

“The businessman occupies a strategic role in American life. It is hardly an exaggeration to say that he is the central figure in American society – the symbol of our culture. Decisions and policies of the greatest import for the general welfare are entrusted to him. [...]

“The decisions and actions of the businessman have a direct bearing on the quality of our lives and personalities. His decisions affect not only himself, his stockholders, his immediate workers, or his customers – they affect the lives and fortunes of us all.

[...]

“When the far-reaching scope and consequences of private business decisions are recognized, some questions naturally arise: Are businessmen, by virtue of their strategic position and their considerable decision-making power, obligated to consider social consequences when making their private decisions? If so, do they have social responsibilities that transcend obligations to owners or stockholders?”

“The answer to both these questions is clearly yes. Hundreds of leading businessmen have publicly affirmed, in speeches and by the written word, their keen sensibility of their ‘social responsibilities.’ And it is becoming increasingly obvious that a freedom of choice and delegation of power such as businessmen exercise would hardly be permitted to continue without some assumption of social responsibility. [...] Businessmen are controlled by competition, by custom, and by law. Nevertheless, we do and must depend also on their assuming a large measure of responsibility if the economic system of free enterprise is to continue and to prosper.”⁴⁸

47 Howard R. Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman* xvii (2d ed., Univ. Iowa Press, 2013).

48 *Id.* at 3–5.

There are a number of points worth highlighting: who has the responsibility, to whom is the responsibility owed, and what is the justification of the responsibility. The question of the content of the responsibility is taken up separately.

1. Who has the responsibility?

Bowen's focus is on the individual manager ("the businessman") – a natural person. While Bowen notes that his "book is primarily concerned with the social responsibilities of large corporations in the United States"⁴⁹, he follows this by looking at the managers. It is they that take the decisions that have impacts on others, and therefore, it is the managers who must carry the responsibility for the decision and its impacts. As "servants of society", Bowen postulates, businessmen may not put their individual interests above those of society.⁵⁰ This is the basis of the social responsibility of the businessman.

Interestingly, Bowen does not really address the corporation itself (although he does specify that his thoughts about social responsibility are limited to large businesses and not small and medium sized enterprises⁵¹). This focus on businessmen is likely because his task was to address human ethical responsibilities: he was writing as an economist (which in those days meant focusing on human behavior and philosophies more than on mathematical elegance) and was given the assignment by the Federal Council of the Churches of Christ, an organization of Protestant and Orthodox churches.⁵²

Having an individual as the holder of the responsibility eliminates a number of the legal issues with which those who would like to give CSR more "bite" struggle. The businessperson, of course, is fully subject to the law in every jurisdiction for acts or omissions. Criminal as well as civil liability adheres to natural persons even where it does not attach to corporations. The businessperson, moreover, as a human member of society, has multiple roles: producer of economic goods, certainly, but also consumer, family member, neighbor, resident, or church-goer. While these roles may be geographically separated, it is clear that the concept of "social responsibilities" of a natural person are intuitively more comprehensible than are the social responsibilities of a legal conception. Indeed, the moral act that Bowen calls for rests with the fact that the businessman must balance their personal interests (as a consumer, family member,

49 *Id.* at 6.

50 *Id.*

51 *Id.*

52 Acquier et al. consider Social Responsibilities of the Businessman as a religious work more than one about or for "academia, government, or business", drawing in Weberian thought on protestant ethics and capitalism. Aurélien Acquier, Jean-Pascal Gond, and Jean Pasquero, *Rediscovering Howard R. Bowen's Legacy: The Unachieved Agenda and Continuing Relevance of Social Responsibilities of the Businessman*, 50:4 *Business & Society* 607–646, 613 (2011).

neighbor, resident, or church-goer) with the interests of the corporation.⁵³ In his words:

“When the businessman is asked to consider broad social and economic effects in reaching his decisions, what is involved? In general, he is expected to consider his prospective actions from the point of view of himself or his firm (stockholders), and at the same time from the point of view of society. When the private and social interests are in harmony, as would frequently be true in a well-ordered society, there is no problem. But when the two interests are not identical, a moral issue is present, and the problem is to achieve a reasonable balance between the private and the public interest.

“The kinds of decisions which a businessman is called upon to make vary according to the nature and scale of his enterprise and according to the latitude for choice which is permitted [...]. Almost all of his decisions [...] have implications for the social interest in that each affects the degree to which one or more of the basic goals of economic life are realized. [...]

“The moral problem of the businessman is to recognize the social implications of his decisions and to consider the social interest – so far as is possible and reasonable – in arriving at these decisions. His duty is to ask himself how the decisions he makes in the ongoing operation of his business relate to these goals and how he might advance the attainment of these goals by appropriate modification of his decisions.”⁵⁴

2. *Why does the businessman need to attend to these responsibilities?*

As a project requested by the Protestant church, Bowen’s book contains a full chapter on justifications for placing social responsibility on businessmen as stemming from the economic views developed over the centuries by Protestant doctrine.⁵⁵ Examining the church’s position on the economic system, private property, power, motives and values, vocation, distribution of income, and “other” complaints (most of which are related to the functioning of the capitalist system’s impacts on labor), Bowen comes to the conclusion that the church is neither an unswerving ally nor avowed foe of the capitalist system in which the US corporations sit. The circumstances of the day, rather, determine whether a corporation can be a moral force within society, and its actions will determine if it is a force for good.

The more important motivation for the social responsibilities of the businessman for Bowen – despite his sponsors – is a justification to turn away from socialism. Bowen, writing in the early years of the Cold War, pointed openly to the capitalist system’s ideological competitor: communism. The government-led production system combined with a controlling political authority was an anathema to the church’s belief in the need for an open, evolutionary

53 Bowen at 30.

54 Id. at 29–30 (emphasis in original).

55 See id. at 31–43 (Chapter 5, “Protestant Views on the Social Responsibilities of Businessmen”).

economic system that mixes public and private ownership, self-interest, and regulation.⁵⁶

The social responsibilities of the businessmen arise, in Bowen's view, out of the need to maintain the independence of the business enterprise from total state regulation. Unlike the businessmen take the task of (self-)regulation upon themselves, making decisions that will foster the social good even when it is against a private (or solely profit-oriented) interest, the state will need to step in to mandate corporate decision-making. Freedom of corporate decision-making is therefore contingent on the impacts of such decisions on society as a whole. To maintain the freedom, then, business decision-makers need to adhere to a moral code of promoting social welfare to the extent possible:

"[...] The unrivaled freedom of economic decision-making for millions of private businessmen, [...] can be justified not if it is good merely for the owners and managers of enterprises, but only if it is good for our entire society. We can support freedom and private control of enterprise only if it is conducive to the general welfare by advancing progress, promoting a high standard of living, contributing to economic justice, etc. [...] Business, like government, is basically "of the people, by the people, and for the people."

"Such power and freedom of choice as is permitted to private businessmen is given because the "people" believe this decentralization to be desirable. When it is felt that the powers exercised and the choices made [...] do not contribute to the general welfare, businessmen have either to revise their behavior voluntarily or to be subjected to controls. [...] If those who exercise freedom are unwilling or unable – even with the best of rationalizations – to relate their private decisions and actions to the attainment of valued social objectives, that freedom is in jeopardy."⁵⁷

3. *To whom is the responsibility owed?*

The object of the responsibility, Bowen describes, is American "society". Like most of the CSR proponents up until his time, Bowen centered his recommendations on the businessman's immediate surroundings rather than on the global community as a whole: the employee, the employee's family, the customer, the competitor – all are to be considered by the manager and treated under the terms of the manager's stewardship.⁵⁸ The limitation of his proposal to the United States is explicit⁵⁹, and he speaks of the American public's values as the relevant ones for his assessment of the corresponding demands on business: – High Standard of Living (including the availability of an abundance of consumer goods and services to purchase)⁶⁰

56 Id. at 39.

57 Id. at 5–6.

58 See id. at 39–41 (setting out his list of responsibilities).

59 Id. at 7.

60 Id. at 8–9.

- Economic Progress (including the development of new technologies but also resource conservation)⁶¹
- Economic Stability (including low inflation and low unemployment)⁶²
- Personal Security (essentially financial security of individuals at all stages of life)⁶³
- Order (meaning economic as well as political order, with supply and demand responsive to each other)⁶⁴
- Justice (here Bowen describes the elements of what is currently recognized as “human development”, or social, economic, and cultural rights, such as access to education, right to health, right to an economic system free of nepotism, non-discrimination in the workplace, and the absence of egregious economic inequalities)⁶⁵
- Freedom (Bowen specifically mentions the freedom to choose to be economically active as a producer – whether capital owner or employee – or consumer, and to organize in groups)⁶⁶
- Development of the Individual Person (the description of the value of development of the person underlines the role of economic activity as an integral part of human life, and calling for it to be organized so as to promote enjoyment and mental fulfillment as well as an opportunity to express and develop one’s talents)⁶⁷
- Community Improvement (beyond the development of local community services, the reduction of pollution, and the avoidance of environmental degradation, Bowen recalls the “role of industry in creating aesthetic values” as goals for economic actors)⁶⁸
- National Security (military security, a particularly sensitive goal in the early 1950s, is joined by “the defense of liberal institutions” as part of the role of business in society)⁶⁹
- Personal Integrity (Bowen points to “honor” in business transactions as a goal “which few would deny”, extending the notion beyond legality to include integrity to the “spirit” of the law and an adherence to fair business practices)⁷⁰

These values are all ones that Americans of the 1950s supposedly believed society should promote. As “social” responsibility’s cultural aspect depends on

61 Id. at 9.

62 Id.

63 Id.

64 Id.

65 Id. at 9–10.

66 Id. at 10.

67 Id. at 10–11.

68 Id. at 11.

69 Id.

70 Id. at 12.

the society in which – and to which – the responsibility is directed, Bowen’s thoughts are limited to setting forth duties owed to the people of the United States.

That said, Bowen’s “Conclusions” are not bereft of global considerations. Neither are they temporally limited to the mid-twentieth century. Indeed, in the list of sixteen “fairly definite principles and recommendations to guide the businessman who wishes to discharge his Christian duty”⁷¹, Bowen mentions several that are clearly inter- or transnational, or that could be (he had probably not imagined the extent of today’s global value chains): as stewards, businessmen need to protect natural resources “so that the interests of both present and future generations are safeguarded”; as producers, businessmen need to strive for efficiency to ensure that poverty is eliminated and “the ‘needs’ of mankind” are met, but are to refrain from producing or selling anything that is not “worthy”; as leaders of economic institutions, businessmen are to determine revenue flows “with considerations of justice paramount” and to handle their business with honesty.⁷² Conservation and action against extreme income inequality are also depressingly current topics of concern, whether viewed within a nation’s borders or across them.

Even more striking are Bowen’s conclusions regarding the businessman as a part of a web of individual relationships. These strike very familiar tones for today’s international lawyer, underlining the universality and continuing timeliness of his program: businessmen, he says, need to treat all humans as possessing “dignity”, they must offer equal opportunities and conditions of both employment and retirement that are safe, secure and fulfilling to employees and their families; businessmen should “work actively” to reduce discrimination; and, equally significant, the businessman needs to attend to “the distribution of property and power” to ensure that it is not concentrated in the hands of a few.⁷³

As amenable to today’s blueprint for business and human rights as the vision of CSR put forth by the “father of CSR” is, Bowen’s idea diverges significantly in one respect from current advocates: the priority of the business’ interest. Recall that Bowen posits that the social responsibility of the businessman is to balance the interests of society with those of the enterprise. His moral duty is not, however, to *necessarily* place society’s interests over those of the business. It is to choose the social interest where “reasonable” and to modify (or, “temper”) his decisions where possible to promote the social interests affected.⁷⁴ There is no absolute duty to forego profits or the private interest in favor of the public’s interest. Ultimately, for Bowen, the concept of CSR had to remain one based on the individual’s *moral* duty to act. The fulfillment of the duty would

71 Id. at 39.

72 Id. at 40.

73 Id.

74 Id. at 28. A second aspect of his moral duty is to cooperate with the government. Id.

allow for the maximum retention of freedom of the enterprise from governmental control alongside the maximum social acceptance of the use of corporate power to pursue profits. If the businessman should fail to fulfil this responsibility, however, Bowen's attitude – that of a business professor rather than as a lawyer – was that regulation would be the inevitable (rather than the “just”) result.

Bowen was not the only author expounding on the social responsibilities of the private sector in the 1950s, but the views were not strikingly different. William C. Frederickson, writing about the decade described the main lines of thought to be that businessmen were called to be “public trustees”, and were encouraged to continue the practice of corporate charitable giving.⁷⁵ The years following Bowen's book were ones that Carroll describes as “more ‘talk’ than ‘action’ with respect to CSR” and “a period of changing attitudes, with business executives learning to get comfortable with CSR talk”.⁷⁶

II. 1960s Davis and CSR as Self-Interest

The 1960s was the decade of protest in the United States and Europe. Thirty years after the New Deal, the post-War economic prosperity of the United States had created a large middle class, comfortable enough to concern themselves with citizens who were not benefiting. Minorities and women were among the most obvious non-winners, and increasingly citizen movements started to demand that the government act to rectify inequalities. Women's rights and minority rights were centers of the Civil Rights movement – both aiming to achieve legal equality with white males. The Voting Rights Act made it illegal to erect *de facto* barriers to voting based on a person's race.⁷⁷ The Civil Rights Act of 1964 was the most prominent result of the two movements, containing protections against sex-based and racial discrimination in areas ranging from employment, education, and housing.⁷⁸ Significantly, the Civil Right Act's non-discrimination provisions apply to private

75 Archie B. Carroll, *A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practice*, Oxford Handbooks Online, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199211593.003.0002 at p. 5 (Oxford Univ. Press, 2014) (citing William C. Frederick, *Corporation Be Good: The Story of Corporate Social Responsibility* (Dog Ear Publishing, 2006)).

76 Carroll, *A History* at 5.

77 An act to enforce the fifteenth amendment of the Constitution of the United States, and for other purposes (Voting Rights Act), Pub.L. 89–110, 79 Stat. 437 (effective 6 August 1965).

78 An act to enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States of America to provide injunctive relief against discrimination in public accommodations, to authorize the Attorney General to institute suits to protect constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes (Civil Rights Act of 1964), Pub.L. 88–352, 78 Stat. 241 (effective 2 July 1964).

persons as well as to governmental entities. Businesses, therefore, were within its scope.

The student protests overlapped with the civil and women's rights protests. They also, however, focused on stopping overseas wars, and, tellingly, on making democracy more effective. The peace movement challenged both governmental aggression and corporate contributors to the war efforts (the March 1968 NYU protests against Dow Chemical for supplying the US Army with napalm is a significant example). The students' challenge to the political power of the wealthy sought to bring politics closer to the individual by increased local activism and policy making.

In the CSR world, the 1960s protests started having an effect. Still characterized by the "more talk than action" attitude toward CSR, a slight but important shift in management's thinking started taking place in reaction to the greater consumer awareness of social injustices.

Keith Davis was a main contributor to the new view that corporate social responsibility was not only a normatively good attitude for businessmen to hold, but that it was also an attitude that was likely to pay off economically in the long-term.⁷⁹ This was not, to be sure, the main thrust of Davis' views. It was one, however, that became more prominent as the development of the field in the business schools progressed. It is also one that makes CSR today the object of such suspicion.

As a contributor to profitability, "the business case for CSR" became an issue for managerial study in the United States. As this idea took hold, a new era of CSR began: one that allowed for subsequent growth in the literature on business administration. This literature is interesting and offers numerous avenues of further ideas on how to plan for and measure the effectiveness of CSR, but the details are not relevant for the current study.

For us, the more relevant stream of CSR thought stemming from the 1960s was that of Clarence Walton. Walton defines CSR as "relationships between the corporation and society"⁸⁰ and emphasizes that although (contrary to Davis) there may be unmeasurable financial benefits, corporations should nevertheless keep these relationships in mind and *voluntarily* act to promote them while pursuing their own profits. Walton particularly stressed the voluntariness of CSR actions – perhaps not surprising given that the contemporary legal framework was shifting away from its former liberalism toward the regulation of companies' labor and environmental policies.

79 Keith Davis, Can Business Afford to Ignore Social Responsibilities? 2 *Ca. Management Rev.* 70 (1960).

80 Carroll at 6 (citing Clarence C. Walton, *Corporate Social Responsibilities* 18 (1967)).

III. 1970s

The 1970s was a period of growing consumer activism on the local level. The civil protest movements of the 1960s had matured and become better organized. While there was political push-back in the United States from the “silent majority”, on the international level as well as in domestic lawmaking there was a clear step forward in regulation to protect the environment and political rights. This could indicate that the social power-social responsibility balance would shift away from the public’s acceptance of corporate social power with a correlate responsibility toward a public demand for restrictions on corporate power by means of governmental regulation. Interestingly, however, public recognition of deep societal problems (inequality and discrimination, environmental pollution, crime) moved instead to a stated desire to increase the social powers of business by making the private sector responsible for achieving solutions to the problems that government seemed unable to manage.

This, at least, is what emerges from the 1971 “policy statement” by the Committee for Economic Development (CED), “Social Responsibilities of Business Corporations”.⁸¹ This statement characterizes the corporation’s societal role as one of a “social contract”, beginning with the sentence

“Business functions by public consent, and its basic purpose is to serve constructively the needs of society – to the satisfaction of society”.⁸²

The CED then posits that society is now expecting business to take on more responsibilities – that they “are being asked to contribute more to the quality of American life than just supplying quantities of goods and services”.⁸³ It points to a “spectrum” of activities in which corporations are expected to be actively trying to improve society. Beyond ensuring productivity and competitiveness, businesses of the 1970s were looked to for:

- ensuring access to quality education (including offering financial assistance to institutions and individuals, giving equipment to schools, and even “aid in counseling and remedial education”⁸⁴);
- providing job possibilities that are suitable for all types of workers (including “active recruitment of the disadvantaged” and offering day-care and worker retraining⁸⁵);
- fostering civil rights in a broad sense (by hiring and training minority employees, locating in disadvantaged areas, and supporting minority-owned businesses⁸⁶);

81 Committee for Economic Development, *Social Responsibilities of Business Corporations* (June 1971).

82 *Id.* at 11.

83 *Id.* at 16.

84 *Id.* at 37.

85 *Id.*

86 *Id.* at 38.

- helping urban development through construction projects and transportation systems⁸⁷;
- reducing pollution and helping conservation efforts⁸⁸;
- supporting cultural development (including through political activism to “secure governmental financial support for [...] the National Endowment for the Arts”⁸⁹);
- improving access to quality medical services⁹⁰; and
- assisting in making government more effective⁹¹.

The list is strikingly – almost shockingly – broad. Corporations, it seemed, were to become governmental enablers, acting in the interests of the public for the sake of achieving an equal and prosperous community. Framed exclusively in terms of “responsibilities”, the CED was in fact offering corporations tremendous social power with no mention of how uses of such power could be directed by society or the government.

The author S. Prakash Sethi refined the social contract idea by focusing more closely on the terminology being used to discuss what society expects of corporations.⁹² Sethi took the notion of CSR and broke it down into three related but separate aspects, or “dimensions of corporate social performance”: social obligation; social responsibility; and social responsiveness.⁹³ Under this view, corporate obligations to society consisted of performance required by law and the market. This meant that, for example, labor must be paid at least the minimum wage, environmental regulations must be followed, and profits must be declared truthfully for tax assessment. The social responsibility of a corporation is a performance that complies with what society expects of its members, reflecting prevailing societal norms. Thus, perhaps a company would offer

in-house childcare facilities, attempt to offset its carbon emissions, or support local sport teams.

Social responsiveness demanded more than responsibility. It was an action to change the way the company performs in order to respond to problems that society faces or will face in the future. Forward-looking, or in Archie B. Carroll’s words, “anticipatory and preventive”⁹⁴, responsiveness meant going beyond what society expects, to move into the realm of what society needs.

87 Id.

88 Id. at 38–39.

89 Id. at 39.

90 Id. at 39–40.

91 Id. at 40.

92 S. Prakash Sethi, *Dimensions of Corporate Social Performance: An Analytical Framework*, 17:3 *Cal. Manag. Rev.* 7 (1975).

93 Id.

94 Archie B. Carroll, *A History of Social Responsibility: Concepts and Practices*, Oxford Handbooks Online 8 (online publication date 2009).

Importantly, Sethi would allow responsiveness to cut into profits, even if the problems to be solved were not directly related to the commercial scope in which the company was active.⁹⁵ Current examples might be Nike's campaign to support athletes' right to express their views on Black Lives Matter, Starbucks' and Google's campaigns to support the legalization of gay marriage, or Amazon's contributions of real estate space for use as homeless shelters. Known today as "corporate political activity", social responsiveness highlights the precariousness of the social power-social responsibility balance because it permits corporate actors, rather than communities or the government, to define the issues that are considered "problems to be fixed".

As the 1970s progressed, the popular demand for governmentally imposed limits to corporate social power resulted in continued growth in socially protective legislation. This reduced critical attention to the concept of CSR. This in turn provided an environment in which the term could be used without its meaning being clearly defined.⁹⁶

It was not until 1979 that Archie Carroll set out what some argue is the first unified definition of CSR.⁹⁷ Carroll followed Sethi's delineation of CSR, looking to "refinement" of the concept.⁹⁸ Proffering his own model of "Corporate Social Performance" which essentially took Sethi's 3-part analysis, Carroll defined CSR according to it, and then set that within the "performance" framework for managers to use.⁹⁹

Carroll's CSR definition combined Sethi's obligation, responsibility, and responsiveness idea:

"The social responsibility of business encompasses the economic, legal, ethical, and discretionary expectations that society has of organizations at a given point in time".¹⁰⁰

Again, the expansion of CSR beyond the "ethical" to include "discretionary" is fundamental, and, from the point of view of the power-responsibility balancing, noteworthy. Although coming from management scholars it may seem like a positive enhancement of societal involvement, the view of social contract on which it rests cannot be presumed to be only beneficial.

95 Damien Krichewsky, *Corporate Social Responsibility and Economic Responsiveness in India* 29 (Cambridge Univ. Press, 2019).

96 Latapí Agudelo, M.A., Jóhannsdóttir, L. & Davídsdóttir, B. A literature review of the history and evolution of corporate social responsibility. *Int J Corporate Soc Responsibility* 4, 1 (2019). <<https://doi.org/10.1186/s40991-018-0039-y>>.

97 Id.

98 Archie B. Carroll, A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Performance, 4:4 *Academy of Management Rev.* 497, 504 (1979) (<<https://doi.org/10.5465/amr.1979.4498296>>).

99 The model Carroll set out looked at the four dimensions of societal expectations and then added the social issues involved and the philosophy of "responsiveness" the business wanted to adopt in order to determine the most suitable social performance model. See id. at 503.

100 Id. at 500.

Indeed, the social contract idea and social responsiveness were not welcomed by everyone. Milton Friedman was vigorously objecting to the development of the concept of social responsibilities of corporations with his shareholder interest-only view of corporate purpose.¹⁰¹ His opposition to CSR was multi-faceted. He noted its illogical super-imposition of corporations and individuals, its frequent use as “hypocritical window-dressing”, and its problematic political consequences.¹⁰² Even if one does not accept Friedman’s fundamental critique – that CSR would shift the basic capitalist nature of the US economy to one of authoritarian communism – it is hard to deny his argument regarding the potential for preventative social problem-solving by corporations to lead to highly undemocratic social shifts.

While Friedman’s views remained important in corporate legal thought (indeed, the shareholder-stakeholder interest debate continues), they succumbed to the interest CSR continued to generate both in public debates and in the management literature.

IV. 1980s

With the 1980s came the rise of neoconservative economic philosophies in government and the public sector. Reaganism (“government is the problem”) and Thatcherism (“the state as servant and not as master”) put the government itself in retreat from regulation.

With the ideals of “conspicuous opulence” promoted as a new way of life, society’s expectations of anyone – much less corporations – acting for the public interest also seemed to recede.¹⁰³ The question of balancing social power and social responsibility, therefore, was subordinated to reducing both to a minimum. As a result, while CSR as a management tool continued to generate some interest among business scholars, its development as a guiding concept in the public sphere slowed.

101 Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *The New York Times Magazine*, 13 September 1970:

“In a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to their basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom. [...] What does it mean to say that the corporate executive has a ‘social responsibility’ in his capacity as businessman? If this statement is not pure rhetoric, it must mean that he is to act in some way that is not in the interest of his employers”.

102 Id.

103 The popular view of the 1980s as the “greed decade” has been challenged by many as inaccurate. Richard McKenzie noted, for example, that charitable giving rose disproportionately during the decade, even though tax rates dropped. See Richard McKenzie, *Was it a Decade of Greed? The Public Interest* 91–96 (1992) (available at <https://www.nationalaffairs.com/public_interest/detail/was-it-a-decade-of-greed>; viewed 9 February 2020).

One of the three significant exceptions to the otherwise unremarkable developments in the theorizing of CSR in the 1980s was the emergence of the stakeholder theory in management studies. In 1984, the publication of Freeman's *Strategic Management: A Stakeholder Approach*¹⁰⁴ kicked off a vigorous discussion of the fundamental ethical issue behind CSR: does the corporation have duties to non-owners? This discussion also had a business ethics dimension, which itself has created a particular view of what a "good" corporate citizen is. The push for corporate governance had been taken up in 1981 by the American Law Institute (ALI), but had been faltering in the face of significant opposition from corporate boards and scholars. The Stakeholder Approach, however, generated enough debate to keep the issues underlying CSR alive.

Tied closely to the stakeholder-CSR nexus were the questions of corporate citizenship and corporate governance. The corporate governance discussions in the 1980s led to the growth in popularity of codes of conduct, the second of the exceptions to the stagnation of CSR.

Using promises of good behavior as set out in the codes, corporations offered the public a written promise to act on societal expectations. As a way to measure a company's compliance with its own promises related to its social power, codes of conduct ultimately generated increased pressure for enforcement of the responsibilities attached to corporate ability to impact on stakeholders.

Company- or industry-level codes changed the conceptual discussions surrounding social power and highlighted the problematic nature of their contents as voluntary and explicitly non-binding. This, perhaps more than anything directly tied to CSR concepts, was an ideological stepping-stone to the Business and Human Rights movement, to which we will turn shortly.

The third and final development in 1980s CSR evolution was the shift in CSR from being mainly a discussion about corporate responsibilities to national stakeholders (framed as issues of good corporate governance), to one about corporate responsibilities toward stakeholders anywhere in the world. By the end of the decade, important debates on the scope and relevance of CSR as a concept (and eventually its concretization) were poised to move into the center of the international human rights arena.

V. 1990s-2010s

By the 1990s, the political climate regarding the state's role in society had shifted again. The Clinton Administration's moderate economic policies focused on deficit reduction and greater globalization, but also incorporated ex-

104 R. Edward Freeman, *STRATEGIC MANAGEMENT: A STAKEHOLDER APPROACH* (1984).

panded welfare payments and infrastructure investments. This helped put the economy into an expansive period, while maintaining government's primacy over responsibility for exercising social power nationally.

This corresponds with the continued lack of significant development in CSR on a national level in the United States. The state was present with power and responsibilities, leaving companies to consider how to "do well by doing good". CSR, that is, became even more an instrument of marketing than before.

The growing internationalization of corporate activity, however, had different effects on CSR development. Globalization of business meant that corporations were becoming increasingly multinational and that multinationals were becoming increasingly large.¹⁰⁵ The size of companies increased their potential to have social power (for example on local employment, environment, and communities). The spread into developing economies increased their ability to exert their social power (by having resources that the host government needed for growth and development). The attention to international norms of corporate responsibility was therefore a natural result of abuses of the social power becoming known – which they were with increasing frequency.

A number of large advocacy campaigns directed at specific problems or industry actors generated widespread attention during the 1990s. This helped in the process of "norm-tipping", a re-consideration of CSR from being a management-only question of ethics to becoming considered a "normalized" matter for businesses (at least for large multinational companies) to pursue in the course of their daily activities.¹⁰⁶

Some have characterized the 1990s as a period of CSR institutionalization, given that it was during this time that formal standards for CSR began appearing.¹⁰⁷ Standards were being developed by numerous actors: civil society organizations, businesses, industry groups, and multi-stakeholder initiatives.¹⁰⁸ Some standards, like the International Organization for Standardization (ISO)'s ISO 14001 on environmental management systems concerned how to help corporations achieve their own goals, while others, such as the Global Reporting Initiative, addressed processes to help promote accountability by making corpo-

105 The United Nations Committee on Trade and Development (UNCTAD) publishes an annual World Investment Report which captures the trends in foreign investment flows and in transnational corporations (TNCs). For the growth of TNCs during the 1990s, see, e.g., UNCTAD, World Investment Report 2001: Promoting Linkages, Figure III.13 at p. 111 (2001).

106 See Lisbeth Segerlund, *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: Norm Construction in a Globalizing World* 65 (Ashgate, 2010).

107 Wayne Visser, *The Rise and Fall of CSR: Shapeshifting from CSR 1.0 to CSR 2.0*, CSR International Paper Series, No. 2, p. (2010); Archie B. Carroll, *Corporate Social Responsibility: The Centerpiece of Competing and Complementary Frameworks*, 44 *Organizational Dynamics* 87–96, 87 (2015) (naming "three strong trends" in CSR in the 1990s as "*globalization, institutionalization, and strategic reconciliation*").

108 See Segerlund, at 99.

rate-owned information about implementation of CSR programs accessible to interested outsiders. The creation of these standards helped generate intense debates around the characterization of CSR as much as about its content and the possibilities of oversight.

More significant for today's view of CSR is that the 1990s saw the real globalization of CSR as a "thing". This was in part due to technology and in part to a great growth in interest in the topic in Europe.

As the internet became widely available¹⁰⁹, CSR internationalization took a large step forward. Through internet, abuses of corporate social power and the absence of legal responsibilities were evermore apparent to an increasingly global audience. The audiences, in turn, were uniting across borders. Experiences of individuals and communities directly affected by the corporations' actions in host countries could be shared with individuals and organizations in the home countries, creating a new perspective on what the scope of "social" could be.

In addition, global problems were uniting interest groups from around the world in a push to get solutions from states and internationally active corporations. Expectations of redress were rising, and where publics detected governmental weakness in addressing social ills, corporations were being expected to take up the responsibility for implementing solutions. As many of the most egregious examples of social and environmental harms were perpetuated by corporations headquartered in the global North but operating in the global South, it is not surprising that activist organizations in the companies' home jurisdictions began to look for ways to hold their "national" businesses accountable for overseas activities.

By the 2000s, however, internationally active corporations were substituting global supply chains (contractual relationships with numerous producers) for overseas subsidiaries. These supply chains were to become one of the most important aspects of CSR, because even where large companies themselves were complying with the laws and societal values of their home constituents, their suppliers may not be similarly "responsible". Law, however, shielded companies from liability for abuses of non-related entities.

Corporate social power was once again unbalanced by social responsibility. Hiding behind the voluntary nature of their promises to home constituents and behind the host state's (legislative and executive) sovereignty, corporations were seen as trying to reap the public relations benefits of their codes of conduct but avoiding any accountability for their impacts on communities abroad.

Critical attention thus began to coalesce around a drive to make corporations responsible for damages they cause directly or indirectly through their suppliers

109 Reportedly growing at an average of 100% per year in the 1990s, the internet had a two-year period of "explosive growth" between 1995 and 1996, growing 1000% in each of those years. The History and Growth of the Internet, <http://faculty.bus.olemiss.edu/breithel/b620s02/garrison/Internet_history.asp> (10 Feb. 2020).

and to make such responsibility legally binding. This is when the shift from CSR to Business and Human Rights perspectives of “corporate social responsibility” began.

E. International Instruments Containing CSR

We turn now to a brief overview of the different instruments that contain promises of “responsible” conduct by the corporation.

I. Instruments of the New International Economic Order

1. Investment Guidelines

The regulation of internationally active corporations started in earnest only with the New International Economic Order movement (NIEO). The feeling of the 1960s and early 1970s (shared by capital importing countries and sympathetic interests in the industrialized economies) was that corporate and national interests clashed, and that regulation was necessary to channel economic activities into the national interest. Acting on this sentiment, developing economy governments, as capital importers, began to voice their strong criticism of corporate activities in their jurisdictions and began to regulate them more strictly. Investment limitations, barriers to capital movements, and expropriations were commonly used tools to retain sovereignty.

It was during these years that corporations (with the support of the United Nations) began to consider international self-regulation through non-binding rules. The first corporate guidelines, the International Chamber of Commerce (ICC) Guidelines for International Investment, appeared in 1972.¹¹⁰ The ICC Guidelines were intended to set out best practices of investors and host governments in the investment relationship, covering topics such as ownership, management, fiscal policies, financial and legal frameworks, and technologies. As a private association, the ICC could not create binding obligations on states, and its membership’s interests prevented significant intrusions into corporate activities. The emphasis, therefore, was on the overall relationship between corporation and host, preventing specific obligations from being of much relevance. Unsurprisingly, the ICC Guidelines did little to satisfy critical voices. It was, however, only one of a multitude of contemporary attempts to move the CSR dialogue onto the international platform.

An overhaul of the ICC Guidelines in 2012 and a “relaunch” again at the end of 2016 bear witness to the contextual changes regarding global expectations on

110 The ICC Guidelines for International Investment became the basis for the Abs-Shawcross Convention, 7 ILM 117 (1968).

companies.¹¹¹ The Preface of the 2016 version, for example, refers to the Sustainable Development Goals, and the hopes that investment can contribute to their achievement. More importantly, Section XI is titled “Corporate Responsibility” and addresses investors, home states, and host states. Still worded hortatorily (“the investor should”), the 2016 ICC Guidelines not only recommend internal governance controls, but also stakeholder dialogue and due diligence in evaluating suppliers.¹¹²

2. *United Nations Centre on Transnational Corporations*

The more, perhaps the most, influential effort to fix attention on the questions surrounding the role of corporations on the world came with the United Nations Secretary General’s appointment of a “Group of Eminent Persons” to study and report on multinational corporations.¹¹³ The Group’s resulting report was published in 1974¹¹⁴, setting not only the stage for the establishment of the United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC) as an institution devoted to the collection and analysis of statistical information on corporate activities abroad and their relationships to host governments¹¹⁵, but also for the move toward legalization of CSR, which occurred in the next four decades¹¹⁶. The Group of Eminent Persons’ Report on Multinational Corporations in World Development notably suggested:

- fostering greater state-state cooperation in maintaining policy-making autonomy on the local level¹¹⁷;

111 The text of the 2016 Guidelines is available at <<https://cdn.shopify.com/s/files/1/2992/1976/files/ICC-Guidelines-For-International-Investment-2016.pdf?2361>> (viewed 21 March 2020).

112 Id. at 14–15.

113 The Group of Eminent Persons was called for by the United Nations Economic and Social Council in Resolution 1,721 of 28 July 1972. Christopher May, *Multinational Corporations in World Development: 40 years on*, 38:10 *Third World Quarterly* 2223–2241, 2226 (2017), <doi: 10.1080/01436597.2017.1350098>. The Secretary General granted the request and formally appointed members to the Group. Id.

114 United Nations Department of Economic & Social Affairs (UNDESA), *Multinational Corporations in World Development* (Praeger Publishers: New York, 1974).

115 United Nations Economic and Social Council Res. 1913 (LVII) (1974). The Centre was structurally eliminated, incorporated (or “collapsed”, as May writes, because of the perceived threat it posed to the interests of “some powerful countries” who were home to many transnational corporations) into the United Nations Committee on Trade and Development in 1992. May at 2230. See also Khalil Hamdani and Lorraine Ruffing, eds., *United Nations Centre on Transnational Corporations: Corporate Conduct and the Public Interest* (Routledge, 2017).

116 May at 2227 (additionally citing Tagi Sagafi-Nejad and John Dunning, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact* 60, 63 (Bloomington: Indiana University Press, 2008) as saying “The range of policy issues [the Report] covered set the agenda for subsequent years, and the concepts it considered became springboards for later UN work [...]”).

117 Report on Multinational Corporations in World Development (Chapter IV–Towards a Programme of Action), 12 I.L.M. 1109, 1120–1121 (1973) (calling also for training programs and envisioning the coordination of such programs as being a task of the UN).

- harmonizing tax, competition, and environmental policies across states¹¹⁸;
- creating a “General Agreement on multinational corporations” [sic], including a binding and enforceable set of rules embedded in an institutional setting to control corporations’ actions and impacts¹¹⁹;
- making transnational corporations legal subjects of international law¹²⁰; and
- creating a dispute settlement and prevention mechanism to address corporate misconduct.¹²¹

While the UNCTC itself “seems to be written out of history”¹²², the report that created the momentum for its establishment remains a highpoint of state-led enthusiasm to grapple with the practical difficulties of containing corporate activities’ externalities on persons and communities, even while recognizing the economic benefits such activities bring. Forty years later, we are no further politically than we were then.

II. Business-encouraging Instruments

There were, of course, multiple other international attempts to balance corporations’ international social power with responsibilities. While none succeeded in binding corporations to enforceable norms, the vocabulary of “CSR” became mainstreamed as industrialized countries took up the banner and multistakeholder approaches brought multinational corporations themselves into the discussions.

Three particular sets of instruments stand out from the rest as worthy of attention: the Organization for Economic Cooperation and Development Guidelines for Multinational Enterprises, the International Labour Organization Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, and the United Nations Global Compact. These will be briefly summarized to highlight their contribution to the international movement toward today’s views on CSR.¹²³

118 Id. 1121–1124. The Report had a heavy emphasis on the need to harmonize tax policies and suggests, as a “radical change”, the use of a “factor-formula technique” to divide taxation on the basis of “factors” such as payroll, profit, and property ownership. Id. at 1123. This latter suggestion is particularly intriguing given the OECD taxation models being discussed currently.

119 Id. at 1125.

120 Id. at 1125–1126 (using the terms “supranational corporation” and “cosmocorps” to denote the internationalized firm subject to “international company law”).

121 Id. at 1127 (considering the investor-State arbitration mechanism established by the International Center for the Settlement of Investment Disputes and the ICC).

122 May at 2230.

123 See also Kathryn Gordon, “The OECD Guidelines and Other Corporate Responsibility Instruments: A Comparison”, OECD Working Papers on International Investment, 2001/05, p.9 (OECD Publishing, 2001; <<http://dx.doi.org/10.1787/302255465771>>) (box containing a summary of different international instruments on CSR as of 2000, including the Caux Principles for Business, the Global Reporting Initiative, the Global Sullivan Principles, and Social

1. *OECD Guidelines*

In 1976, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) issued its Declaration on International Investment and Multinational Enterprises.¹²⁴ Composed at the time of twenty-four industrialized capital-exporting states¹²⁵, the OECD was committed to maintaining the ability of corporations to move their capital freely across borders. Nevertheless, the organization was keenly aware of the dissatisfaction of capital-importing governments and civil society regarding the regulatory arbitrage made possible by just such liberalizations.

The OECD's Executive Committee established the Committee on International Investment and Multinational Enterprises in 1975 to address governments' sovereignty concerns arising out of the "rapid growth in the number [...], [...] size and scope, as well as the discrepancies, which may exist between the transnational structures of these enterprises and the national character of governments".¹²⁶ The Committee fulfilled its mandate by negotiating and issuing the Declaration as a package of instruments that tied together corporate behavior and government investment policy. As described by the OECD itself, the Declaration is an achievement in balancing the competing interests of stakeholders by:

"promot[ing] a comprehensive, interlinked and balanced approach for governments' treatment of foreign direct investment and for enterprises' activities in adhering countries. [They are] one of the main means by which the OECD assists adhering countries in working towards a liberal regime for foreign direct investment, while at the same time ensuring MNEs operate in harmony with the countries where they are located."¹²⁷

Composed of four instruments¹²⁸, the Declaration was accepted by OECD governments as a non-binding but "solemn"¹²⁹ instrument to which they commit

Accountability 8000 as well as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the UN Global Compact).

124 For the relevant texts, see <<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/oecddeclarationanddecisions.htm>> (viewed 21 March 2020).

125 See OECD, List of OECD Member countries – Ratification of the Convention on the OECD, <<https://www.oecd.org/about/document/list-oecd-member-countries.htm>> (viewed 28 February 2020). Turkey was one of the early members of the OECD despite some sources considering it a developing country.

126 R. Blanpain, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises and Labour Relations 1976–1979: Experience and Review* 30 (Deventer: Kluwer, 1979) (quoting the OECD Secretary General E. Van Lennep's statement to the Committee on International Investment and Multinational Enterprises at its first meeting, as recorded in *The OECD Observer*, 1975, no. 74, pp. 14–15).

127 OECD, Policy Brief: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises, *OECD Observer*, June 2001 at p. 3 (2001).

128 The four elements of the Declaration are: the Guidelines for Multinational Enterprises; the National Treatment instrument; the Conflicting Requirements instrument; and the International Investment Incentives and Disincentives instrument.

129 Nicola Bonucci, The legal status of an OECD act and the procedure for its adoption (note prepared for a meeting held in April 2004). The OECD legal and quasi-legal instruments are catego-

themselves. While three of the instruments contained in the Declaration are directed to governments, the first instrument, the Guidelines for Multinational Enterprises (Guidelines), is meant to provide guidance to companies themselves.

It is the Guidelines that are the most widely known of the Declaration's quartet of texts and the most significant to the CSR narrative. They, even more than the Declaration as a whole, are aimed at satisfying both corporations and civil society: on the one hand, the Guidelines urge corporations to "fully [take] into account established general policy objectives of the Member countries in which they operate", including those of employment creation and environmental protection, but on the other hand the Guidelines are explicitly voluntary.¹³⁰

The content of the Guidelines has been revised several times, the latest being 2010/2011, when human rights, due diligence, and supply chain management were added to the areas in which corporations have a duty to behave responsibly.¹³¹ A brief explanation of the most significant changes suffices for present purposes.¹³²

The 1976 version of the Guidelines mainly urged corporations to attend to their economic impact on host countries and local communities¹³³: transfer of technology, adherence to national development policies, enhanced employment of local populations, fair competition, non-bribery, and fair payment of taxes were all topics of the original Guidelines. Yet, even in 1976, labor rights (in the form of companies' approach to organized labor) and environmental protection were also promoted.

The 1984 revisions supplemented the earlier Guidelines with a "built-in implementation mechanism": the National Contact Points (NCPs).¹³⁴ The NCPs were to act as both providers of information about the Guidelines within the country, and as "promoters" of the Guidelines.¹³⁵ At the time, NCPs were con-

rized as "OECD Acts" and "other" instruments. Declarations are in the latter category, intended as non-binding but "solemn texts [...] noted by the OECD Council and [...] generally monitored by the responsible OECD body". *Id.* at p. 2. For a more thorough explanation of OECD internal structures and legal instruments, see Blanpain at 25–29.

130 OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Preface, para. 1. See also Blanpain at 60 (quoting Special Consultant to the OECD Secretary General Theodore Vogelaar as saying that the non-legally binding nature of the Guidelines was "not so much a matter of principle as of judicial necessity", given that national legislatures are the only bodies with "the power to bind citizens and corporations").

131 OECD, Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 edition (OECD, 2011) (<<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>; viewed 21 March 2020).

132 See alternatively, John Ruggie and Tamaryn Nelson, Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges, Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 66, 1–3 (Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2015).

133 OECD, Declaration, Annex 1 (The Guidelines for Multinational Enterprises) (1976).

134 OECD Secretariat, Executive Summary, Implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: The National Contact Points from 2000 to 2015, 11 (OECD, 2016).

135 The Guidelines for Multinational Enterprises: Second revised Decision of the OECD Council (Amended June 1991) (found as Annex 3 to DAF/IME(98)15).

sidered progressive, because they created the possibility of enforcement of the Guideline standards. Nevertheless, disillusionment with the complaint processes came soon. The resulting reluctance to use the offices led to the need to either improve or abandon their functioning. The former option was seized upon, with changes in NCP working procedures and cross-office coordination coming forth with the 2001 revision of the Guidelines.¹³⁶ Even greater changes followed the publication of the Ruggie Framework. The 2011 Guidelines revision processes incorporated human rights and supply chain issues more completely, leading to an expansion of the NCPs' scope of activities.¹³⁷

a. Impact of the Guidelines

While the OECD Guidelines underline that governments and companies have moral commitments to which they must adhere, and while there was scholarly attention directed to the influence of even non-binding guidelines on the development of customary international law¹³⁸, it is the voluntariness of the OECD framework (for right or wrong¹³⁹) that prevented it from satisfying critics of multinational corporations. The characterization of CSR as an idea dominated by the global North's interests rather than the real concerns of the South, all the while making sure that whatever was done was not going to restrict businesses' activities¹⁴⁰, continues to cast a shadow over the OECD's efforts to promote itself as a champion of real improvements rather than of CSR as it has always been.

2. ILO Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy

The International Labour Organization (ILO), established in 1919, is one of the world's oldest international organizations. Its focus on protecting workers and improving the work conditions deeply embeds the movement to heighten CSR in its work program. The fact that employer representatives sit alongside government and labor representatives adds to the experiential value of the ILO contributions to CSR discussions.

While many of the ILO conventions and programs could be considered as at least tangentially related to CSR, the two main ILO contributions to CSR are

136 Ruggie at 2.

137 *Id.* at 6.

138 See Hans W. Baade, *The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, in: Norbert Horn, ed., *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises* 3-38 (Deventer: Kluwer, 1980).

139 See Ian Brownlie, *Legal Effects of Codes of Conduct for MNEs: Commentary*, in: Horn, *ibid.* 39-43 (considering that analyses of the problem of the legal status of the Guidelines may be less helpful than delving into the questions of home state responsibility).

140 See generally, Rhys Jenkins, *Globalization, Corporate Social Responsibility and poverty*, 81:3 *Int'l Aff.* 525, 528 (2005).

the ILO's Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, promulgated in 1977 and revised in 2017¹⁴¹, and the 1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.

The 1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work is significant for setting out four areas of labor protection that the ILO has determined are essential: the right to association; the prohibition on slavery and slave-like practices; the right to non-discriminatory employment; and the protection of child workers. These areas are set out in eight "fundamental" conventions that form the minimum core of labor protection. In turn, these conventions are frequently included as required elements in CSR instruments.

The Declaration of Principles Concerning MNEs and Social Policy is explicitly focused on CSR. In its original form, it noted multinationals' potential for beneficial, but also for harmful, effects in host jurisdictions and set out principles to guide the interests of states, employers, and labor, as well as of businesses, in adopting policies and taking actions to ensure the benefits outweigh the disadvantages. Unsurprisingly, much emphasis is given to the promotion of employment: "governments should declare and pursue, as a major goal, an active policy designed to promote full, productive and freely-chosen employment".¹⁴² Working conditions (wages¹⁴³, safety and health¹⁴⁴, assurance of social security¹⁴⁵) are spelled out, too, as is the heavy emphasis on rights to unionize, and collective bargaining¹⁴⁶. The 2017 revisions add to the original Declaration by integrating the United Nations Guiding Principles framework (in particular due diligence) and the Sustainable Development Goals' agenda.¹⁴⁷

141 See Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977) and amended at its 279th (November 2000), 295th (March 2006) and 329th (March 2017) Sessions.

The InFocus Initiative on CSR, launched in 2006, is a program to implement the MNE. See International Labour Office Governing Body Subcommittee on Multinational Enterprises, InFocus Initiative on Corporate Social Responsibility (CSR), GB.295/MNE/2/1 (March 2006). The Initiative should help promote CSR by giving companies ideas on how to "give effect to the MNE Declaration" by sponsoring research and publications on trends and sector experiences with CSR, helping to develop a harmonized view on good practices, and training stakeholders on implementing CSR. *Id.*

142 Declaration, para. 13. See also *id.* at paras. 14–21.

143 *Id.* at para. 41.

144 *Id.* at paras. 42–46.

145 *Id.* at para. 22.

146 *Id.*, "Industrial Relations", paras. 47–63.

147 See ILO, ILO revises its landmark Declaration on multinational enterprises, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_547615/lang-en/index.htm>. The ILO describes its updates as responding to the "new economic realities":

"The revision of the Declaration by the ILO Governing Body responds to new economic realities, including increased international investment and trade, and the growth of global supply chains. It also takes into account developments[...] within and outside the ILO, including new labour standards adopted by the International Labour Conference, the Guiding Principles on

3. *United Nations Global Compact (2000)*

By the late 1990s, the United Nations (UN) itself was ready to move again on the topic of multinational corporations' impacts on host states and populations. At the World Economic Forum in Davos, then Secretary-General of the UN, Kofi Annan, addressed the participants by illustrating his latest progress in developing "a creative partnership between the United Nations and the private sector".¹⁴⁸ The partnership, he explained, would consist of businesses adopting "a global compact of shared values and principles" to "embrace, support and enact a set of core values in the areas of human rights, labor standards, and environmental practices."¹⁴⁹ For its part, the UN would continue to strive to keep peace and foster development, the "prerequisites" of profitable business activities.¹⁵⁰

Eventually extended to include norms of anti-corruption, the ten principles of the Global Compact are aimed at fostering an effective corporate commitment to sustainability, broadly conceived. Each of the four main areas was already firmly established as reflecting "universal" principles, or matters of international legal consideration, when the Compact took them on¹⁵¹, making them easy to sell as ideals that businesses should be promoting.

Signed onto by several thousand businesses around the world, the Global Compact has certainly been successful in terms of getting adherents to Annan's call for putting a "human face to the global market". It was also, however, highly successful in Annan's other goal: to prevent legally binding rules on protection of human rights, labor, the environment (and – to a lesser extent – anti-corruption) from being taken up and applied directly to corporations by the international organizations regulating trade and investment. Reading Annan's 1999 call, one is struck by the reasoning he gives to business leaders to support the Global Compact:

There is enormous pressure from various interest groups to load the trade regime and investment agreements with restrictions aimed at preserving standards in the three areas I have just mentioned. These are legitimate concerns. But restrictions on trade and investment are not the right means to use when tackling them. Instead, we should

Business and Human Rights endorsed by the Human Rights Council in 2011, and the 2030 Agenda for Sustainable Development.

[...]"

Id.

148 Press Release, Secretary-General Kofi Annan, Secretary-General Proposes Global Compact on Human Rights, Labour, Environment, in Address to World Economic Forum in Davos, U.N. Press Release SG/SM/6881 (Feb. 1, 1999) (text available at <https://www.un.org/press/en/1999/19990201.sgsm6881.html>); viewed 1 March 2020).

149 Id.

150 Id.

151 See Karin Buhmann, *Regulating Corporate Social and Human Rights Responsibilities at the UN Plane: Institutionalising New Forms of Law and Law-Making Approaches*, 78 *Nordic J. Int'l L.* 1, 32 (2009) (recording the legal instruments upon which each principle is based).

find a way to achieve our proclaimed standards by other means. And that is precisely what the compact I am proposing to you is meant to do.”¹⁵²

Significantly, Annan also used the power-responsibility balance in his comments, highlighting that the corporations’ power over host governments “brings with it great opportunities and great responsibilities”.¹⁵³ The Global Compact, then, is clearly a continuation of the ideas that had always been behind CSR.

The same line on CSR, however, was also subject to the same line of attack by those who no longer believed that the social responsibilities were equally balancing out the social power of businesses. The Global Compact’s civil society critics, of which there are many, point to the program’s lack of any real oversight of participants and resulting potential for “blue washing” of businesses.¹⁵⁴ Scholarly work, critical of the program, digs more deeply into these issues,¹⁵⁵ as well as into the actual empirical impacts¹⁵⁶.

4. *United Nations Guidelines on Business and Human Rights (2005–2011)*

a. *The Ruggie Framework*

As the questions surrounding corporate liability for the harm businesses caused individuals, communities, and the environment gained increasing public attention, the legal questions on the status of large transnational corporations correspondingly rose in prominence. If, scholars wondered, international organizations can be considered subjects of international law, could corporations be so considered as well? Can a company be held liable for behavior that would breach international legal norms if a state had been the actor?

Diverging interests of states as well as the inability of international law scholars to agree on these questions spurred the United Nations to take them

152 *Id.*

153 Press Release, Annan.

154 See Global Policy Forum, NGOs Criticize “Blue Washing” by the Global Compact (4 July 2007) (recording statements condemning the Global Compact from the Berne Declaration, Greenpeace International, Amnesty International, and ActionAid. These organizations called the Global Compact “a toothless paper tiger” and “a fig leaf”) (<<https://www.globalpolicy.org/global-taxes/32267-ngos-criticize-qblue-washingq-by-the-global-compact.html>>; viewed 1 March 2020).

155 See generally Evaristus Oshionebo, *The U.N. Global Compact and Accountability of Transnational Corporations: Separating Myth from Realities*, 19 Fla. J. Int’l L. 1, 20–30 (2007) (especially criticizing the assumption of unified norms of corporate governance across companies and the legitimacy of Global Compact’s processes given the power dynamics between developed and developing states); Surya Deva, *Global Compact: A Critique of the U.N.’s «Public-Private» Partnership for Promoting Corporate Citizenship*, 34 Syracuse J. Int’l L. & Com. 107, 143–149 (2006) (pointing to the Compact’s “directional uncertainty”, the participant’s failure to adhere to reporting requirements, and the absence of an accountability mechanism, among other failings).

156 Deva, *Global Compact* at 128–143 (pointing to the small number of participants that are involved when compared with overall numbers of multinational companies and to their lack of communication).

up within the Sub-commission on the Promotion and Protection of Human Rights. In 2005, Kofi Annan appointed John Ruggie to be a Special Rapporteur of Business and Human Rights. As Special Rapporteur, Ruggie's job was to:

- (a) To identify and clarify standards of corporate responsibility and accountability for transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights;
- (b) To elaborate on the role of States in effectively regulating and adjudicating the role of [business] with regard to human rights, including through international cooperation;
- (c) To research and clarify the implications [...] of concepts such as 'complicity' and 'sphere of influence';
- (d) To develop materials and methodologies for undertaking human rights impact assessments [...];
- (e) To compile a compendium of best practices [...].¹⁵⁷

Ruggie and his team drafted a proposal for corporate responsibility based on human rights perspectives and obligations on states as well as corporations. In 2008, Ruggie submitted his "3 Pillar Framework" to the Council on Human Rights, which approved it unanimously.¹⁵⁸ The Framework puts forth a "respect, protect, and remedy" set of principles that are to apply to all companies:

Pillar 1: A duty on states to protect human rights

Pillar 2: A duty on business to respect human rights (even where it goes beyond applicable law)

Pillar 3: A victim's right to remedy.¹⁵⁹

Within his Framework, Ruggie sought to seek and confirm, rather than to develop, the international law on CSR. Thus, under Pillar 1 (State Duty to Protect), he affirmed that States – but only States – have the trio of legal obligations regarding human rights. States, under the Vienna Declaration of Human Rights must respect, protect, and fulfil human rights. The role toward corporate behavior in this trio is that of protecting their populations against actions by third parties – including legal persons – that harm the rights. Thus, the Framework speaks of the need to "prevent, investigate, punish and redress" violations. This entails states' obligations to make it clear to their own companies that human

157 ECOSOC, Promotion and Protection of Human Rights, E/CN.4/2005/L.87, 1 (15 Apr. 2005).

158 United Nations Human Rights Council, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5 (7 April 2008).

159 Id.

rights are to be respected wherever they are active, to enforce their own laws, to adopt government procurement policies that include human rights compliance as a factor of consideration, and to work to ensure that their own international obligations in non-human rights areas permit human rights to be pursued.

Under Pillar 2 (Business Duty to Respect), businesses have an independent responsibility to uphold the human rights listed in the international bill of human rights and the International Labor Organization's Fundamental Conventions. While not directly obligated to adhere to the provisions of those treaties, the Framework encourages companies to "seek to prevent or mitigate" violations that are linked to their operations. The Pillar also foresees changes to the management of negative externalities of a company's activities, calling for mainstreaming of human rights policy, and pressing for on-going due diligence efforts in assessing actual and potential abuses of human rights. The Framework refrains from going further than asking for proactive attention by businesses to the impacts their own activities have on stakeholders. Thus, if a violation of human rights is not directly caused by the company itself, the company does not have a duty to "provide for remediation", even if there is a link between the company and the damaging conduct. The Framework does not require the social power of the company to be balanced by firm social responsibilities.

The third Pillar (Victims' Right to Remedy) calls for the establishment of "grievance mechanisms" to address violations of human rights that are caused by either the state or companies. While Ruggie would consider a wide variety of processes to be considered a suitable "grievance mechanism"¹⁶⁰, even the least institutionalized of these mechanisms are to be legitimate (trust-worthy and accountable), accessible (known and affordable), predictable, equitable (give access to information and expertise necessary), transparent, and "based on engagement and dialogue".¹⁶¹

b. United Nations Guiding Principles

Ruggie's Framework was then extended into "guiding principles" that were opened to consultation in 2011 and endorsed by the Human Rights Council in resolution 17/4 on June 16, of the same year.¹⁶² The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) begin by noting that they are "grounded in recognition of" the basic ideals behind Ruggie's three pillars (although the list does not refer to Ruggie or his Framework's pillars): states' duties to respect, protect, and fulfil human rights; corporate duties to act law-

¹⁶⁰ See generally A/HRC/8/5, pp. 22–27.

¹⁶¹ *Id.*, p. 24.

¹⁶² Office of the High Commissioner for Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, HR/PUB/11/04 (2011).

fully and to respect human rights; and the need for remedies to be available to individuals in cases where the “rights and obligations” are breached.¹⁶³

Further statements are made as to the scope (they apply to all States and all “business enterprises”), interpretation (they are to be “understood” as attempting to promote real improvements to the lives of persons and groups affected by business activities but are not intended to create “new” legal obligations), and the need for differentiated application to ensure non-discrimination.¹⁶⁴ Following the General Principles are the specifics of each, as divided into three parts. Each provides “Foundational Principles” and “Operational Principles”, themselves containing a “Commentary” to further explain the intentions of the drafters and possible means of implementation.

The UNGPs as a whole and the individual aspects of the UNGPs have been exhaustively discussed, debated, and analyzed from a wide variety of perspectives.¹⁶⁵ Much of the vast literature is descriptive and explanatory, which is not surprising given that they were “generally welcomed” upon their adoption.¹⁶⁶ Most striking for the purposes of the present article, however, is the wording of the second General Principle and the development of the obligation of corporations to prevent harm through what is called “human rights due diligence”. The due diligence aspects of the UNGP have been called “the central operational

163 *Id.* at p. 1 (“General Principles”).

164 *Id.*

165 A HeinOnline search of the term “guiding principles on business and human rights” resulted in 1,508 results on 21 February 2020. While many (particularly newer articles) were not expansively discussing the UNGP, among those that do were articles taking business law, human rights law, international criminal law, and professional ethics law perspectives; contributions looking at specific sectors, specific stakeholders, specific jurisdictions and specific cases; and feminist critiques and embrace approaches. E.g., Surya Deva, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies*, 9:2 *Europ. Company L.* 101 (2012); Michael K. Addo, *The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*, 14:1 *Hum. Rts. L.Rev.* 133 (2014); *Extraterritorial Detention Contracting in Australia and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 1:2 *Bus. & Hum. Rts. J.* 333 (2016); *Transnational Tort and Access to Remedy under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Kamasae v. Commonwealth*, 19:1 *Melbourne J. Int’l L.* 52 (2018); Penelope Simons and Melisa Handl, *Relations of Ruling: A Feminist Critique of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights and Violence against Women in the Context of Resource Extraction*, 31:1 *Can. J. Women & L.* 113 (2019); *Beyond Ruggie’s Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrace Approach to Corporate Human Rights Compliance*, 48:1 *Tex. Int’l L.J.* 33 (2012–2013). See also the debates between John Gerard Ruggie and John F. Sherman on one side and Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale on the other side, in “The Concept of Due Diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights” in the EJIL: Debate section of the *European Journal of International Law*, volume 28 (2017).

166 Bret Thiele and Mayra Gómez, *Highlights of the Seventeenth Regular Session of the United Nations Human Rights Council*, 29:4 *Neth. Q. Hum. Rts.* 552, 556 (2011). Dissatisfaction was not entirely absent, of course. Non-governmental organizations were critical of the UNGPs’ lack of ambition regarding corporate behavior. See Katherine L. Caldwell, *With Great Power Comes Great Responsibility: Grassroots Corporate Campaigns for Workers’ Human Rights*, 45 *Clearinghouse Rev.* 225, 227, footnote 9 and accompanying text (2011).

feature” of the UNGP as they relate to corporate behavior¹⁶⁷, meaning that it and the General Principle regarding businesses together embody the most widely accepted notions of CSR today. These aspects come out most clearly in General Principle (b), Guiding Principle 13(b), and Guiding Principle 17.

The second General Principle is as follows:

“These Guiding Principles are grounded in the recognition of:

[...]”

“(b) The role of business enterprises as specialized organs of society performing specialized functions, required to comply with all applicable laws and to respect human rights.”¹⁶⁸

Noteworthy is the recognition of companies as “specialized organs of society” – a clear nod to their social power. This recognition immediately calls for a balancing notion, which is why the sentence includes a recognition of the duty of lawfulness.

The balancing of social power and social responsibility continues with Part II of the UNGP, in particular with Guiding Principles 13(b) and 17. Guiding Principle 13(b) falls within the “Foundational Principles” of the Corporate Responsibility to Respect Human Rights. It sets out that the responsibility to respect includes business’ duty to

“Seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships [...]”.¹⁶⁹

The Commentary specifies that the business relationships implicated in the duty include those within their value chain.¹⁷⁰ This note is important, for as we saw above, the development of global value chains allowed for large corporations to be legally separate from companies that were under their *de facto* control, making it more difficult for those injured by suppliers to take remedial action against the controlling entity.

Finally, Guiding Principle 17 firmly establishes the element of “due diligence” within the CSR discussion. As an Operational Principle, the concept of Human Rights Due Diligence is set out in terms that define due diligence by directing how businesses are to implement it:

167 Larry Cata Backer, From Institutional Misalignments to Socially Sustainable Governance: The Guiding Principles for the Implementation of the United Nations Protect, Respect and Remedy and the Construction of Inter-Systemic Global Governance, 25 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. 69, 130 (2012).

168 UNGP, p. 1.

169 *Id.* at p. 14.

170 *Id.* at p. 15.

“17. In order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out human rights due diligence. The process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed. [...]”¹⁷¹

The Commentary to 17 explains the Principle as one that is mainly preventative and forward-looking. It also sets out General Principles 18–21, which concern themselves with further implementation aspects of due diligence, as “elaborat[ing] its essential components”, thereby indicating that stakeholder consultations in advance of beginning projects,¹⁷² as well as during the life of the project,¹⁷³ are a necessary part of identifying risks of business activities. They stipulate that corporate governance structures need to be adapted to make best use of the human rights impact estimates and that the entity’s economic power can be used as “leverage” over problematic commercial partners¹⁷⁴, and that businesses should inform stakeholders about their actions to mitigate human rights risks posed by their activities.¹⁷⁵

The soft nature of the corporate responsibilities contained in the UNGPs is clear and unambiguous. Ruggie, however, harks back to the traditional position on CSR to defend his Framework:

“[...] the broader scope of the responsibility to respect is defined by social expectations – as part of what is sometimes called a company’s social licence to operate.”¹⁷⁶

c. The Impact of UNGPs on the CSR Discussion

While the UNGP do not challenge fundamental understandings of international law by subjecting corporations to anything but national legal frameworks, they definitely changed the shape of CSR discussions (even while being based on them). The CSR aspects of the UNGP center on the Second Pillar¹⁷⁷ – and almost upon adoption, this became the central focus of what should be considered a baseline for assessing corporate conduct.

The fact that the Second Pillar remained voluntary, however, continued to cause discontent. NGOs, but also states hosting transnational corporations’ ac-

171 Id. at p. 17.

172 Guiding Principle 18(b), id. at 19–20. See also Cata Backer, *From Institutional Misalignments*, supra at 132–133.

173 Guiding Principle 20, id. at 22–23.

174 Guiding Principle 19, id. at 20–22.

175 Guiding Principle 21, id. at 23–24.

176 A/HRC/8/5, para. 54.

177 To be sure, the Third Pillar (Right to Remedy) implicates corporations as well. Under the Access to Remedies framework, corporations must create mechanisms by which complaints can be filed, managed, and addressed.

tivities at the lower end of the value chain, refused to be satisfied with a Business and Human Rights framework that did not accommodate a firmly balanced power-responsibility relationship.

The next step was to propose a treaty to fix the obligations of states and business in a “binding” legal instrument. CSR thus took its next evolutionary step.

F. CSR Today: the Binding Treaty on Business and Human Rights

The current discussions of a proposed text for a treaty on business and human rights, the so-called “Revised Zero Draft”, highlights the latest ways of thinking about how to balance corporate social power with responsibilities.¹⁷⁸ The text of the original (July 2018) “Zero draft” of the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises¹⁷⁹ faced substantial criticism when it became public.¹⁸⁰ Beyond the ubiquitous too-little-too much disagreements, observers were skeptical of the Zero Draft’s muddled legal drafting style.

In the wake of such opposition, the drafting committee subjected the text to a substantial reworking, coming out one year later with a “far more coherent, well-constructed and mature”¹⁸¹ Revised Zero Draft (“Revised Draft”). Currently warily regarded by the EU and boycotted by the United States¹⁸², the future of the Revised Draft itself is anything but clear. Nevertheless, the direc-

178 Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights (OEIGWG) Chairmanship, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Revised Draft (16 July 2019).

179 OEIGWG Chairmanship, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Zero Draft (16 July 2018).

180 Including from John Ruggie, Special Rapporteur for Business and Human Rights. See John G. Ruggie, Comments on the “Zero Draft” Treaty on Business & Human Rights, Business and Human Rights Research Center (<<https://www.business-humanrights.org/en/comments-on-the-%E2%80%9Czero-draft%E2%80%9D-treaty-on-business-human-rights>>; viewed 15 February 2020).

181 Carlos Lopez, The Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: Ground-breaking Improvements and Brighter Prospects, Investment Treaty News, 2 October 2019 (<<https://www.iisd.org/itin/2019/10/02/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-ground-breaking-improvements-and-brighter-prospects-carlos-lopez/>>; 15 February 2020).

182 See Marijette van Huijstee and Lydia de Leeuw, Re-cap: Negotiations over the Revised Draft of a Binding Treaty on Business and Human Rights, 24 October 2019 (<<https://www.somo.nl/re-cap-negotiations-over-the-revised-draft-of-a-binding-treaty-on-business-and-human-rights/>>; viewed 18 February 2020).

tion in which it points cannot be ignored, as it reflects the ideas behind many of the CSR-legislation attempts taking place around the world.

While the structure of the Revised Draft (unlike the Zero Draft) is not itself exotic for an intergovernmental treaty - it looks like a relatively conventional international legal instrument, starting with a Preamble, followed by three articles in Section I (Definitions, Statement of Purpose, Scope), nine articles with substantive text in Section II, and Section III containing the institutional structure (establishment of a Conference Committee competent to issue General Comments and review State Party reports¹⁸³), finally closing with unremarkable final provisions (for example providing for International Court of Justice or arbitral dispute resolution¹⁸⁴, conclusion through ratification or accession¹⁸⁵, entry into force¹⁸⁶, amendment procedures¹⁸⁷, reservation¹⁸⁸ and denunciation¹⁸⁹ possibilities) - the fact that it is an intergovernmental treaty is a large step away from the prior efforts to secure corporate social responsibility. The most obvious characteristic of the Revised Draft is its clear aim of eliminating the voluntariness of certain elements of CSR. Widely referred to as a “draft binding treaty”, the idea of legally enforceable corporate obligations is at the base of the support for such an instrument.¹⁹⁰

What is particular about the Revised Draft is that (1) it places legal responsibilities on state parties to ensure that corporations adhere to their duty to respect human rights, even if the states have to exercise their jurisdiction over the companies extraterritorially; and (2) it aims to make corporations subject to liability for failure to prevent their contractual partners from harming stakeholders. The Revised Zero Draft therefore strives to *activate* the balancing of power and responsibility for both states and businesses.

States’ social power emanates from their sovereignty and the resulting authority to pass laws and create enforcement mechanisms. The Revised Draft mentions the need for states to impose legally enforceable obligations on businesses to take positive steps to avoid negative impacts on human rights outside of their home state (“abuses in the context of business activities ... including

183 Id., Art. 13.

184 Id., Art. 16.

185 Id., Art. 17.

186 Id., Art. 18.

187 Id., Art. 19 (amendments must be approved by two-thirds of the State Parties and are only binding on those who accept them unless a consensus agrees to adopt and approve an amendment relating to the Conference Committee, in which case the amendment applies to all State Parties).

188 Id., Art. 20 (reservations are permitted).

189 Id., Art. 21 (denunciation is effective one year after receipt of the notification instrument).

190 E.g., van Huijstee and de Leeuw, *supra*; CCFD-Terre Solidaire, Position Paper: “A la Carte” Justice for Transnational Corporations? (October 2019) (available via the Business-Human Rights Organization website: <<https://www.business-humanrights.org/en/new-ngo-report-analysis-of-new-regulatory-developments-for-holding-transnational-corporations-accountable>>; viewed 21 February 2020); Global Interparliamentary Network (with a website labeled bindingtreaty.org).

those of transnational character”¹⁹¹), to mandate corporate record-keeping of such efforts¹⁹², and to demand that any extraterritorial harmful impacts that do occur can be challenged¹⁹³. Most importantly, states would be required by the treaty to treat businesses in the aforementioned way because corporations have control over at least some social conditions in jurisdictions where they may not be directly present on the ground: corporations are the best-placed to restrain themselves from implementing actions or processes that can affect human rights of stakeholders, and permitting direct claims against company actions is considered the most efficient way to motivate businesses to improve their performance. Underlying the considerations is also the realization that many of the sovereigns over territories in which transnational corporations are ignoring their social impacts are sovereigns which themselves are weakly governed.

For corporations, the social power they wield comes from their practical effects on persons, communities, and the environment. Here, the Zero Draft recognizes the networked nature of global corporate activity and tries to balance the dispersed power with responsibilities down the chain of command. The basic declared direct obligations on corporations (“all business enterprises [...] have the responsibility to respect all human rights”¹⁹⁴) represent no paradigm shifts themselves. These had been set forth in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and already then were simply restatements of the existing law. Yet, the Revised Draft takes steps to formalize supply chain responsibility by requiring states to hold companies legally responsible for the actions of their contractual partners and to impose liability on the failure to take actions to prevent “harm to third parties”.¹⁹⁵

More strikingly, the State Parties of the Revised Draft are to ensure that corporations and their employees are liable for a number of acts defined as “criminal offences”.¹⁹⁶ It is worthwhile to read paragraph 7 of Article 6 in full, in order to grasp what the drafters of the revised text imagine as within the scope of social responsibility:

“Subject to their domestic law, State Parties shall ensure that their domestic legislation provides for criminal, civil, or administrative liability of legal persons for the following criminal offences:

- a. War crimes, crimes against humanity and genocide as defined in articles 6, 7 and 8 of the Rome Statute for the International Criminal Court;
- b. Torture, cruel, inhuman or degrading treatment, as defined in article 1 of the UN Convention against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment;

191 Revised Draft, Art. 5(2).

192 *Id.*, Art. 5(3)(c).

193 *Id.*, Art. 6.

194 *Id.*, Preamble, *considerata* 12.

195 *Id.*, Art. 6(6).

196 *Id.*, Art. 6(7).

- c. enforced disappearance, as defined in articles 7 and 25 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance;
- d. extrajudicial execution, as defined in Principle 1 of the Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions;
- e. Forced labour as defined in article 2.1 of the ILO Forced Labour Convention 1930 and article 1 of the Abolition of Forced Labour Convention 1957;
- f. The use of child soldiers, as defined in article 3 of the Convention on the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour 1999
- g. Forced eviction, as defined in the Basic Principles and Guidelines on Development based evictions and displacement;
- h. slavery and slavery-like offences;
- i. Forced displacement of people;
- j. Human trafficking, including sexual exploitation;
- k. Sexual and gender-based violence.”¹⁹⁷

Viewed in light of “responsibility”, the Revised Draft’s approach to corporate misbehavior is closely reflective of the overall structure of state responsibility as set out in the International Law Commission’s Articles on State Responsibility (“The Articles” or ASR).

The Articles on State Responsibility, considered highly persuasive soft law, regulate the rules on how to consider “wrongful acts of states”. The “fundamental principle” is that a violation of any internationally wrongful act of a state will result in the “responsibility” of that state.¹⁹⁸ Whether there is a wrongful act by the state, and what the consequences of the responsibility may be, form the bulk of the ASR themselves. While it is not necessary to go into detail on most of the Articles here, it is interesting to compare the approaches to fix responsibility on states with the approach to fix responsibility on corporations for behaviors that have the same impact on stakeholders.

Comparing the ASR with the Revised Draft, the superficial similarities of approach are easily seen. These make the comparison attractive. It is easy, for example, to equate the ASR attribution of responsibility based on “wrongful acts” by the state, with the Revised Draft’s attribution of responsibility based on wrongful acts of corporations. The attribution of acts of natural persons to acts of the state also finds a parallel in the Revised Draft’s attribution of wrongfulness by contractual partners of businesses to the corporation. A corporation cannot rely on the rogue employee defense of a person with whom it has a con-

197 Id.

198 James Crawford, Introductory Note, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

tractual relationship and control, just as a state cannot hide behind the *ultra vires* nature of an official's acts to escape international responsibility.¹⁹⁹ The fact that every wrongful act of a state – from whatever source – will lead to responsibility, closely resembles the inclusion of extraterritorial business activities and the consideration of “all human rights” in the Revised Draft's provisions. The range of consequences is another aspect of overlap: where the ASR express remedies as including restitution, compensation, and satisfaction, under the Revised Draft, State Parties are free to use civil, administrative, and/or criminal penalties for corporate acts contrary to the treaty.

Beyond this basic similarity, however, the ASR and the Revised Draft diverge – not just on the level of the details but more fundamentally. One obvious and significant difference is overall direction of the instruments. Where the ASR is mainly setting forth the rules for the consequences of state behavior that contravenes international law, the Revised Draft is at least as much preventative and action-inducing as it is remedial. The Revised Draft sets out “Prevention” in six paragraphs of Article 5: a single article, its provisions are nevertheless absolutely central to the treaty-making process. It is, after all, Article 5(1) that says:

“State Parties **shall regulate effectively** the activities of business enterprises within their territory or jurisdiction. For this purpose States shall ensure that their domestic legislation requires all persons conducting business activities, including those of a transnational character, in their territory or jurisdiction, to respect human rights and prevent human rights violations or abuses.”²⁰⁰

This is followed by a list of measures for businesses to conduct due diligence regarding their impacts on human rights. The list of steps includes not just the “[i]dentify and assess” aspects of diligence required to ensure they are not abusing human rights of stakeholders, but also the jobs of acting to prevent such harm, “monitor[ing]” their effects, explaining their actions, and answering for any harms to third parties.²⁰¹ No less importantly, paragraph 4 states that Parties “shall ensure that effective national procedures are in place to ensure compliance with the obligations laid down under this Article [...]”.

The rest of the substantive provisions – victim rights (Article 4), mutual legal assistance (Article 10), cooperation (Article 11), and even the much-commented upon provisions on liability (Article 6), have a strongly preventative character. Article 6(4), for example, speaks of Parties needing to implement

199 The *ultra vires* act of a non-state actor carrying out a state function, however, is not attributable to the state. Likewise, a contractual partner of the corporation over whom the state has no control or whose acts could not reasonably have been foreseen to cause harm will not lead the corporation to be considered in violation of its responsibility.

200 Revised Draft Treaty, Art. 5(1) (emphasis supplied).

201 Revised Draft, Art. 5(2). See also *id.*, Art. 5(3) (supplying additional detail on the measures set out in Article 5(2)).

“effective, proportionate, and *dissuasive* sanctions and reparations”. While its remedial aspects are important (and explicit) – characterizing the Revised Draft as a document aimed at preventing corporations from causing or being complicit in harms to human right is plausible.

G. National Law and CSR

Current legal attention to the precepts of CSR has condensed on the international level around the concept of Business and Human Rights. This has much to do with the power structure – or lack of it – in international law. In a context of multinational corporations wielding the same (or even more) effective social power over communities as states do, but also in which states and intergovernmental organizations remain the sole subjects of social responsibilities, it is natural to attempt to regulate in such a way as to shift the responsibilities back to the corporations as an exercise of states’ remaining legal powers.

On the national level, legal attention to CSR diverges more than it does on the international level both because the social power-responsibility gap is viewed differently by different systems and because (at least in some states) the state’s legal power is not so much threatened by corporations’ social power as it is supported by it.

It would be far beyond the capacity of this author to set out a full view of the different national law attempts to codify CSR in binding rules (legislation or administrative regulations). The following, therefore, focuses on the development of “CSR law” in the United States and then describes the features of the most visible CSR laws in European jurisdictions. What becomes clear is that, while there has been a recent convergence in the USA and European approaches to concretizing their Business and Human Rights obligations to prevent corporations from harming stakeholders, there remain underlying differences in their conceptualization of corporate social responsibility itself.

1. USA

The United States has become notorious as a jurisdiction that refuses to accept limits on its own or its businesses’ freedom to act internationally. In the context of CSR, this image holds largely true.

The history of the United States’ legal responses to corporate abuses is long and fraught. The current reasons for this revolve heavily around those falling on the blurred edge between politics and economics (or, more accurately, that between the even more blurred border separating political power and economic power). In the past, however, there were constitutional concerns regarding the federal government’s authority to regulate companies’ activities. Developing a legal environment in which law requires corporate at-

attention to non-business interests has been neither one of a steady trajectory forward nor one that is completed.

Economic regulation is a term that broadly refers to governmental intervention in economic activities to promote general economic welfare.²⁰² The main tools include taxes, subsidies, and “legislative and administrative controls over rates, entry and other facets of economic activity”.²⁰³ These tools aim, under one view, at restricting the abuse of market power, optimizing efficient behavior of firms and of the industry, and reducing externalities.²⁰⁴ Other theories argue that regulation is more about protecting vested interests of industry actors against newcomers, than it is about protecting the public or the market.²⁰⁵ Whatever the political economy views, federal economic regulation’s legal status in the United States was challenged early on and repeatedly for nearly half a century. Even though such regulation eventually became well accepted, the constitutional questions had a direct impact on the development of CSR, as they prevented hard law approaches from requiring corporations to be socially accountable.

a. The Beginnings of Corporate Regulation

Although the philanthropy of the 19th century industrial tycoons bettered the lives of many, the extent of their business holdings was such that a few individuals controlled entire industries. Monopoly power was exerted along the supply chain, strangling any attempts to enter the market and leaving both the worker and the consumer exposed to the dictates of the business executive. The clear breakdown of the competitive market led to the first governmental attempts at economic regulation.

The first steps toward economic regulation were in the late-19th century with State actions to promote fair market conditions. The Supreme Court, however, struck down an early attempt by the State of Illinois to regulate the railroads. It was the federal government’s authority, wrote the majority in *Wabash*,

202 See Christopher Decker, *Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice* 28 (Cambridge Univ. Press, 2015).

203 Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, NBER Working Paper No. 41, 1 (1974).

204 Decker at 28.

205 Posner, *Theories of Economic Regulation*, *supra* at 2:

“[The public welfare theory of economic regulation assumes] that the principal government interventions in the economy [...] were simply responses of government to public demands for the rectification of palpable, and remediable, inefficiencies and inequities in the operation of the free market. [...]”

“Were this theory of regulation correct, we would find regulation imposed mainly in highly concentrated industries where the danger of monopoly is greatest) and in industries that generate substantial external costs or benefits. We do not. [...]”

See also George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell J. Econ. Man. Sci.* 3–21 (1971).

*St. Louis, & Pacific Railway Co. v. Illinois*²⁰⁶, that was to regulate interstate commerce, not that of an individual State.

The most recognized²⁰⁷ result of *Wabash* was the passage of the Interstate Commerce Act of 1887²⁰⁸, creating a federal structure to oversee the railroads. Its motivating concern was the level of securitization of railroad companies and the tied nature of its contracts with market actors.²⁰⁹ The Sherman Act of 1890 followed, making the abuse of monopoly power illegal.²¹⁰ As *economic* regulation, neither law had anything directly relating to non-financial impacts of corporate behavior, nor to behaviors outside of the market.

b. *Lochner Era*

Early resistance to economic regulation was not just a matter of federalism. Even federal economic regulation was suspect. The so-called *Lochner Era* (1897–1937) witnessed repeated Supreme Court action to limit governmental power to regulate business by using the 14th Amendment’s substantive due process clause to prohibit the state from interfering in corporate behavior. It did so by first declaring a corporation to be “a person” for purposes of benefiting from the 14th Amendment’s protections and then by considering regulation of private commercial relations between employer and employee to be an infringement on the property interests of both.²¹¹ The Constitutional question in the case of *Lochner v. New York* was:

“is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts”.²¹²

206 118 U.S. 557 (1886).

207 But see Alan L. Olmstead and Paul W. Rhode, *The Origins of Economic Regulation in the United States: The Interstate Commerce and Bureau of Animal Industry Acts*, Hoover Institution Regulation and Rule of Law Workshop (Stanford University, 28 October 2019); <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZeUvAPORZ9wJ:https://ostromworkshop.in.diana.edu/pdf/seriespapers/2019fall-colloq/rhode-paper.pdf+&cd=13&hl=de&ct=clnk&gl=ch&client=firefox-b-e>>, viewed 19 January 2020) (arguing that the Bureau of Animal Industry Acts was both “the most important” and “the most intrusive federal regulatory agency of the late nineteenth and early twentieth centuries”).

208 24 Stat. 379 [49 U.S.C.A. § 1 et seq.].

209 The Act regulated short haul pricing and the use of “rebates, drawbacks, and pooling” as well as requiring “reasonable and fair” rates. Olmstead and Rhode, *supra* at 4.

210 15 U.S.C. §§ 1–7. The Sherman Act prohibits agreements that result in anti-competitive conditions, protecting “the public from the failure of the market”. *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan* 506 U.S. 447, 458 (1993).

211 See Martin Shapiro, *The Supreme Court’s “Return to Economic Regulation”* 91 (1986), downloaded from <<https://www.cambridge.org/core>>; 19 January 2020 (describing the “standard historical lore of the Supreme Court’s role in the economy” as using the due process clause of the 14th Amendment such that “no statute regulating property was constitutional unless it was reasonable, and the Court was the final arbiter of reasonableness. The Court’s approach to reasonableness was that free market *laissez-faire* was the rule, and governmental regulation was the exception”).

212 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 56 (1905).

The “right to contract”, as set forth in *Lochner* itself²¹³, was prototypical of this line of cases. Faced with a New York State law restricting bakeries from concluding contracts with employees that would permit individuals to work more than ten hours per day, a 5–3 Court refused to let it stand. The majority wrote:

“Statutes of the nature of that under review, limiting the hours in which grown and intelligent men may labor to earn their living, are mere meddlesome interferences with the rights of the individual, and they are not saved from condemnation by the claim that they are passed in the exercise of the police power and upon the subject of the health of the individual whose rights are interfered with, unless there be some fair ground, reasonable in and of itself, to say that there is material danger to the public health or to the health of the employees if the hours of labor are not curtailed.”²¹⁴

It continued:

“It seems to us that the real object and purpose were simply to regulate the hours of labor between the master and his employees [...] in a private business, not dangerous [...] in any real and substantial degree to the health of the employees. Under such circumstances, the freedom of master and employee to contract with each other in relation to their employment, and in defining the same, cannot be prohibited or interfered with without violating the Federal Constitution.”²¹⁵

With the Court scrutinizing any legislation passed to protect the health of the employee or public, legislation to promote labor unionism and consumer protection was consistently struck down as unconstitutional through the 1920s and into the 1930s. Despite the catastrophic economic situation of millions of Americans, and denying the public popularity of the New Deal programs, the *Lochner*-Era Court remained steadfast in its denial of the government’s attempts to force business to attend to the individuals in their communities.

213 The full passage setting out the relevant legal question is as follows:

“In every case that comes before this court [...] where legislation of this character is concerned and where the protection of the Federal Constitution is sought, the question necessarily arises: is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family? Of course, the liberty of contract relating to labor includes both parties to it. The one has as much right to purchase as the other to sell labor.”

Id. at 56.

The Court’s ultimate determination was that the law violated the individual’s due process rights by severely limiting the right to contract without having substantial health benefits for either the worker (bakery work was not seen as particularly harmful work: “There must be more than the mere fact of the possible existence of some small amount of unhealthiness to warrant legislative interference with liberty”; *id.* at 59) or the public (the connection between the baker’s hours worked and the healthfulness of the bread produced was “too shadowy” for the Court; *id.* at 62).

214 *Lochner* at 61.

215 *Id.* at 64.

The result was that until the mid-1930s, corporations were operating in a context largely free from governmental control. The social power corporations were amassing at the time was, therefore, unbalanced by legal (i.e., governmentally required) responsibilities. It is therefore unsurprising that the language of “social responsibility” – as we have seen – began to be developed on the side of concerned managers.

c. *The End of Lochner and the Rise of the Regulatory State*

With *West Coast Hotel v. Parrish*²¹⁶, the Supreme Court ended its string of economic liberalism decisions and recognized the motivations of the New Deal laws as legitimate governmental interests. The Supreme Court, changing its recent case law, striking down minimum wage requirements as unconstitutional, now wrote:

“The principle which must control our decision is not in doubt. The constitutional provision invoked is the due process clause of the Fourteenth Amendment [...]. In each case, the violation alleged by those attacking minimum wage regulation for women is deprivation of freedom of contract. What is this freedom? **The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty** and prohibits the deprivation of liberty without due process of law. In prohibiting that deprivation, the Constitution does not recognize an absolute and uncontrollable liberty. [...]. But **the liberty safeguarded is liberty in a social organization which requires the protection of law against the evils which menace the health, safety, morals and welfare of the people.** Liberty under the Constitution is thus necessarily subject to the restraints of due process, and **regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process.**”²¹⁷

West Coast Hotel v. Parrish therefore tossed out the notion of equating Constitutional due process with “freedom to contract” in favor of considering “reasonableness” the measure required for regulation in the community interest. It was in this way that *economic* regulation became firmly accepted.

The courts then began to turn their attention to answering challenges to legislative and administrative actions related to the government’s actions to take on responsibility for addressing violations of civil rights and establishing conditions of greater social equality. This did not eliminate judicial action regarding economic regulation, but it tied the legal basis for economic regulation more closely to administrative law than to constitutional law.²¹⁸

By the 1960s and extending into the 1970s, the Civil Rights movement, the Environmental movement, and the Johnson Administration’s legislative

216 300 U.S. 379 (1937).

217 *Id.* at 391 (emphasis supplied). The Court continued to note that the analysis of the general liberty interest applies in particular to contractual rights. *Id.* at 392.

218 Shapiro at 100–117 (describing “The Realm Inbetween”, by which he means the use of the Administrative Procedure Act – as an example of “quasi-constitutional” legislation – to foster substantive due process claims in the economic area).

package known as the War on Poverty, became three major areas of federal regulatory effort. Each movement had a different history²¹⁹, a different legal starting point²²⁰, and different legislative results²²¹, but they shared the element of demonstrating an expanding public sentiment of expecting the government to more actively regulate in the public's interest. Public pressure for action broadened with the establishment of the television as a nearly universal appli-

219 The question of whether the US government may pass laws to afford civil rights to black persons in America was originally answered in the negative, requiring passage of the 13th and 14th Amendments to ground it in the Constitution. The now-notorious *Dred Scott* decision of the Supreme Court argued that the Government had no authority to interfere with a slave-owner's property right in his slave, and that the political structure of the "Missouri Compromise", which. *Dred Scott v. John F.A. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Chief Justice Taney reasoned:

"But the power of Congress over the person or property of a citizen can never be a mere discretionary power under our Constitution and form of Government. The powers of the Government and the rights and privileges of the citizen are regulated and plainly defined by the Constitution itself. And when the Territory becomes a part of the United States, the Federal Government [...] enters upon it with its powers over the citizen strictly defined, and limited by the Constitution [...]. It has no power of any kind beyond it, and it cannot [...] assume discretionary or despotic powers which the Constitution has denied to it. [...] [T]he Federal Government can exercise no power over his person or property beyond what that instrument confers, nor lawfully deny any right which it has reserved."

Id. at 449–450.

He continued, then, to explain the general principle's application to the case of Mr. Scott, striking down, thereby, the Missouri Compromise itself as unconstitutional:

"Now, as we have already said in an earlier part of this opinion upon a different point, the right of property in a slave is distinctly and expressly affirmed in the Constitution. The right to traffic in it, like an ordinary article of merchandise and property, was guaranteed to the citizens of the United States in every State that might desire it for twenty years. And the Government in express terms is pledged to protect it in all future time if the slave escapes from his owner. This is done in plain words – too plain to be misunderstood. And no word can be found in the Constitution which gives Congress a greater power over slave property or which entitles property of that kind to less protection than that property of any other description. The only power conferred is the power coupled with the duty of guarding and protecting the owner in his rights.

"Upon these considerations, it is the opinion of the court that the act of Congress which prohibited a citizen from holding and owning property of this kind in the territory of the United States north of the line therein mentioned is not warranted by the Constitution, and is therefore void, and that neither Dred Scott himself nor any of his family were made free by being carried into this territory, even if they had been carried there by the owner with the intention of becoming a permanent resident."

Id. at 451–452.

The outrage that followed the *Dred Scott* opinion led eventually to the Civil War and, out of that, the 13th Amendment (prohibiting slavery in the United States) and the 14th Amendment, which promised the equal protections of the Constitution to all persons.

220 While the 14th Amendment constitutionally calls for racial non-discrimination, US Constitutional law knows no affirmative obligation of the government to protect social welfare. There are, in other words, no social "rights" which the government must uphold or refrain from infringing.

221 The Civil Rights Act was the most noteworthy result of the Civil Rights Movement and the Clean Air Act and the Clean Water Act were two of the foundational environmental laws that were drafted and passed in this period. All three Acts vastly expanded the regulatory requirements facing companies.

ance permitted news of corporate involvement in local, national, and international environmental or human rights catastrophes to be widely recognized. Political pressure to regulate, then, was aimed directly at ensuring that the social power of corporations be contained.

Corporate legal challenges to these governmental efforts varied, but following *West Parrish Hotel*, they could no longer argue for an alleged unconstitutionality of governmental interference with contracts. With substantive due process anchored in the 14th (and 5th) amendments, the government's basic interest in regulating the public welfare was clear. Businesses' constitutional complaints therefore had to stem from the collision of the government's attempts to regulate in ways that conflicted with other constitutionally-protected individual rights or from the principles of federalism. The former line of argument stemmed directly from the legal recognition of corporations as "persons" with a right to enjoy Constitutional protections, as will be discussed below.

d. Limiting the Administrative State to Limit Corporate Behavior

Interestingly, governmental regulation was also seen critically by 1960s and 1970s civil society. In law, this was the era of the rise of critical legal theory. Distrust of agency rule-making and enforcement led the broad-based "movements" to turn to the courts to hold corporations accountable (if not "responsible") for violations of individual or societal interests.

These cases were often ones utilizing the Administrative Procedure Act of 1946 (APA). The APA opened paths to counter what Tarlock labels "the New Deal tradition of deference to administrative expertise".²²² Constitutional in its breadth and vagueness²²³, the APA requires agency regulatory measures to adhere to a set of procedural principles aimed at ensuring responsiveness to stakeholders. As stakeholders include both the interested industry actors and the general public, individuals (nor non-governmental organizations) can launch claims to allege that social interests were not given sufficient attention in rule-making, thereby forcing a greater assumption of responsibility by the government. The use of APA litigation was particularly vigorous in the 1960s and 1970s because Americans were demanding more of the government:

"The various social revolutions of the 1960s and 1970s coincided with the rise of the deeply pessimistic doctrines of law and economics and public choice theory, which rejected the idea of an objective and higher public interest. [...]"

"The legal basis for turning this pessimism or at least skepticism into law is the [APA]. The Administrative Procedure Act turned out to be an excellent vehicle to attack administrative decisions for environmental NGOs as well as for the regulated community, which was quick to learn from guerilla environmental litigation."²²⁴

222 A. Dan Tarlock, *Environmental Law: Then and Now*, 32 Wash. Univ. J. L.&Pol'y 1, 19 (2010).

223 Shapiro at 101.

224 Tarlock at 19–20.

e. Rise in Corporate Regulation and Voluntary Codes of Conduct

The main point about the mid-20th century view of law and corporate responsibilities is that it was a time of heightened law-making – legislative, administrative, and judicial – in ways that restricted corporate behavior. The growth in the administrative regulation of companies meant that even though corporations continued to grow and influence US community life, their corporate social power was better balanced by responsibilities – at least on the domestic front. The responsibilities were being realized, however, by the state and society itself. Thus, it is of little surprise that (as recalled above) it was at this point that the CSR dialogue among management scholars turned to emphasize volunteerism along with an internal adaptation of the legislative aims as operative processes within the firm.²²⁵

The rise in codes of conduct started with the passage of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA). The law itself was a clear step by the government to reign in the private sector's lawless actions abroad, making it illegal for US companies to bribe foreign government officials. While this is similar to the contemporary development of governmentally pushed responsibilities, as with the environmental and social regulatory schemes, the contents of the FCPA included financial reporting requirements and the establishment of "internal accounting control" systems.²²⁶ Notably, the Security and Exchange Commission's explicit recognition of such codes as "evidence of 'good faith' compliance with the law" led to the growth in company created "codes of conduct" containing a number of different types of promises of ethical behavior.²²⁷ Codes of conduct, or ethical codes, became the corporations' response to social pressures for responsibility toward stakeholders. The visibility of the codes showed that corporations wanted to keep their own views of responsibility, while the voluntariness of the codes underlined corporate desire to maintain their social power free of governmental oversight.

f. 1980s: Deregulation

The governmental interest in assuming the role of social responsibilities in the United States largely stopped in the 1980s. The Reagan Era was a time of governmental withdrawal from regulating the activities of corporations – whether in terms of their economic activities, or their impacts on society. The deregula-

225 See Mauricio Andrés Agudelo Latapí, Lára Jóhannsdóttir, and Brynhildur Davídsdóttir, A Literature Review of the History and Evolution of Corporate Social Responsibility, 4:1 International Journal of Corporate Social Responsibility, Springer Online Open Access, <<https://doi.org/10.1186/s40991-018-0039-y>> at 6 (2019) (pointing to Carroll's 1979 article as the one that finally unified the approach to defining CSR and emphasizing the influence of the social and legal framework on shaping responses to calls for CSR).

226 Bernard J. White and B. Ruth Montgomery, Corporate Codes of Conduct, 23:2 Ca. Manag. Rev. 80, at 80 (1980).

227 Id. at 80–81.

tion of major industries (airlines, telecommunications, banks) was accompanied by an equally clear turn away from governmental interference with private activities that had external community effects. Environmental protection was scaled back²²⁸, “drastic cuts” in a wide number of aid programs for the poor were implemented²²⁹, and serious damage was done to affirmative action and civil rights protection for black Americans²³⁰.

With governmental acceptance of responsibility waning, the social power of the corporations was again becoming unbalanced. The public, while less activist than in recent decades, was not entirely convinced of the neo-liberal turn. International political events, in particular, continued to inform thinking about the accountability of corporations, with topics such as international environmental protection, nuclear proliferation, and the promotion of civil and political rights globally emerging as key centers of international treaty making. The domestic law for CSR, however, lagged behind.

g. 1990s-2016

The establishment of personal computing and access to the internet as a feature of daily life in the United States, was critical to the development of legal approaches to corporate responsibility since the 1990s. The 25 years straddling the 20th and 21st centuries witnessed the explosive growth in the use of computers outside the business place and the ability of individuals and non-commercial groups to communicate cheaply with others around the globe. Not coincidentally, these years were also a time of growing awareness of the concept of corporate social responsibility among the broader public.

The public’s awareness of CSR again spurred attention to codes of conduct by US-based companies. The 1990s codes were more ambitious than earlier ones, in substance (often committing to labor and environmental concerns) and in scope (namely, including supervising their suppliers).

228 Reagan’s first Head of the Environmental Protection Agency, Anne Gorsuch, was identified as one of the “House Crazies” for her aversion to government-supplied environmental protection, while the appointment of James Watt to lead the Department of the Interior was likened to “appointing Dracula to head a blood bank”. Jefferson Decker, *Deregulation, Reagan-Style*, *The Regulatory Review*, 13 March 2019 (available at <<https://www.theregreview.org/2019/03/13/decker-deregulation-reagan-style/>>; 2 February 2020).

229 Dedrick Asante-Muhammad, *The Reagan Era: Turning Back Racial Equality*, *HuffPost* (11 March 2013) (noting that social spending was cut \$ 20 billion/year under Reagan’s presidency) (available at <https://www.huffpost.com/entry/the-reagan-ereturning-bac_b_2838625?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xILmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAN1bL4EvNEQPjDH20LKMLmKFvqzmLIFdZEUgfcGiOjVgCFE6dHY7gROP6VbOQCyO119hMVjgpX1eraalltXCwCL4IYnuUxIJEIIZBZeoBmBlyo9QqBWhKXPysFi8UtkT6bJ-DKXXJ7FGSUI_GEW0IQrZWCi3iCPwLLMjOaCOjEHj>; viewed 2 February 2020).

230 Doug Rossinow, *It’s Time We Face the Fact that Ronald Reagan was Hostile to Civil Rights*, *History News Network*, George Washington University, 20 April 2015 (available at: <<https://historynewsnetwork.org/article/158887>>; viewed 2 February 2020).

Opponents in civil society also took up the code-defined CSR issue with increased vigor. For them, the fundamental weakness of CSR (and codes in particular) had always been the lack of legal “bite”. The internet provided the means necessary for “watchdog” groups to track companies’ adherence to their codes and to publicize their failings broadly and rapidly.

To preempt the stakeholders, companies began to hire CSR consultants and to publish CSR reports to assess their company-wide actions to further their stated social goals. Still voluntary, such reporting was marketed as a tool of heightened accountability, especially when outsourced to an “independent” agent. Theoretically, the publication of a corporation’s failings to live up to its self-imposed standard of behavior would cause significant reputational harm – enough, at least, to offset any reputational gains that the company had gleaned from proclaiming itself socially responsible. The market, therefore, would bind companies to acting on their promised values. This conception of reporting remains the primary one in the laws developing today.

Only rarely, however, was this theoretical consumer backlash actualized. Broad-based consumer boycotts remain exceptional, despite some clear successes.²³¹ Moreover, many currently boycotted companies are not being targeted for violating their expressed CSR commitments, but rather for their overall business model or their cooperation with abusive human rights regimes.²³² The resulting situation was one that left the social power of corporations largely in place with only loose responsibilities. This imbalance called again for changes, and this time, it would be a push for legal regulation.

2. *CSR “Law”*

a. *Administrative Attention to CSR*

The United States executive branch holds power on regulatory rule-making and rule-enforcement in areas Congress delegates to the agencies. The rise of the “administrative state”²³³ is the subject of much commentary and current political dissatisfaction²³⁴, but despite a strong anti-regulation position in the Oval

231 Clare Carlile, History of Successful Boycotts (5 May 2019) (<<https://www.ethicalconsumer.org/ethicalcampaigns/boycotts/history-successful-boycotts>>; viewed 2 March 2020). But note, the boycott of Nestlé, begun in 1977 for its breastmilk substitute, has not led to a resolution of the underlying disagreements. Ethical Consumer, Boycotts List (<<https://www.ethicalconsumer.org/ethicalcampaigns/boycotts>>; viewed 2 March 2020).

232 Id. (numerous boycotts are called due to the targeted company’s involvement in occupied Palestinian territories; others include boycotts for collaboration with Myanmar or Cambodia, for abuse of animals, or for contribution to gunshot deaths).

233 This term is widely attributed to Dwight Waldo, *The Administrative State* (New York: Ronald Press, 1948).

234 See generally Kathy Wagner Hill, *The State of the Administrative State: the Regulatory Impact of the Trump Administration*, 6 *Emory Corp. Gov. & Accountability Rev.* 25, 26–32 (2019).

Office and an increasingly hostile Supreme Court²³⁵, the sheer scope of administrative law ensures that it will not disappear any time soon.

That administrative agencies have touched upon issues of corporate social responsibility was to be expected. Surprising is that the regulatory framework has remained so narrowly topical. In essence, the main instruments of administrative regulation of CSR come from the Security and Exchange Commission (SEC). The SEC has a number of rules that give shape to the demands for corporate accountability. One set of such rules are those regulating shareholder proposals. The procedural and substantive aspects, for instance, of Rule 14a-8²³⁶ can determine whether shareholder proposals that target the company's social responsibility must be scheduled for discussion at shareholders' meetings.²³⁷ With a growing number of shareholder actions brought to highlight companies' policies on climate change or questionable political involvements, both shareholders and company boards are becoming more adept at maneuvering within the SEC framework.²³⁸ The SEC's willingness to support the inclusion of shareholder proposals, along with managements' support of such proposals makes this "a rich area of development within the CSR field".²³⁹

A more prominent, although possibly less effective, SEC foray into CSR is the non-financial information reporting requirement. The topic of what type of and how much nonfinancial information stock-exchange listed companies must report is an old discussion that the CSR debates reinvigorated in the 2000s.²⁴⁰ SEC Regulation S-K requires publicly traded companies to file disclosure reports for the protection of investors.²⁴¹ Mostly treating the form and content of financial reporting, Regulation S-K also includes a first section requiring companies to report on non-financial information.²⁴² Companies must give an overall description of the business (products, clients, suppliers),²⁴³ as well as possible liabilities arising from ongoing environmental lawsuits²⁴⁴. In this context, "environmental" includes climate change. Moreover, mining companies

235 See Matt Ford, *The Plot to Level the Administrative State*, *The New Republic*, 14 January 2020 (noting the re-appearance of the non-delegation doctrine in the Trump Supreme Court, with specific discussion of Justice Gorsuch's dissent in *Gundy v. United States*, No. 17–6086, 588 U.S. __ (2019)).

236 See *The Securities and Exchange Act of 1934*, 17 C.F.R. § 240.14a-8 (2011).

237 Matthew J. Petrozziello, *Beyond Cracker Barrel: Shareholder Proposals as a Means of Effectuating CSR Policies*, 13 *Rutgers Bus. L.J.* 1 (2016).

238 *Id.* at 26–27.

239 *Id.* at 30.

240 Eric Engle, *Corporate Social Responsibility (CSR): Market-Based Remedies for International Human Rights Violations*, 40 *Willamette L. Rev.* 103, 117 (2004).

241 *Code of Federal Regulations*, Title 17, Part 229.

242 *Id.*, Sub-part 229.100.

243 *Id.* § 101–102.

244 *Id.*, § 103.

must also report on any health and safety risks.²⁴⁵ Finally, there is a provision on “risk factors” beyond those contained above.²⁴⁶ The SEC is empowered to issue further details on what it expects from reports. If it chooses to define the provisions of Regulation S-K to require supply chain investigations, this administrative law path to CSR would (if allowed to stand by the courts) be a step in the same direction as the international community.

b. Legislative attention

Unlike a number of European parliaments, the United States Congress has largely demurred on the topic of CSR.²⁴⁷ This is due to partisan reluctance to burden business with regulations and an overall lack of interest in protecting the environment, labor, or human rights; it is also due to bipartisan hesitation to regulate extraterritorial activities of its corporations (to avoid charges of playing the “global police”). Finally, the Constitution’s strong protection of the freedom of expression, which extends to corporations, complicates any potential drafting of a CSR-enforcing bill. Nevertheless, there has been some legislative actions to heighten corporations’ social responsibilities.

aa. Alien Tort Statute

The main piece of legislation that observers regard under the rubric of CSR is the Alien Tort Statute (ATS).²⁴⁸ Widely commented upon²⁴⁹, this statute is part of the Judiciary Act of 1789 and provides US federal court jurisdiction for civil claims by foreigners alleging violations of international law or US treaties.

The concise law (“*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.*”) lay almost unused for nearly 200 years.²⁵⁰ Its interpretation by the Second Circuit Court in the 1980 *Filártiga* case²⁵¹ invigorated the human rights community and generated lively interest

245 Id. § 104.

246 Id. § 105.

247 There are a number of restrictions in place on federal procurement suppliers, requiring anti-human trafficking measures for procurers. E.g., Executive Order 13126: Prohibition of Acquisition of Products Produced by Forced or Indentured Child Labor, 64 Fed.Reg. 32383 (16 June 1999); Executive Order 13627: Strengthening Protections Against Trafficking In Persons In Federal Contracts, 64 Fed.Reg. 32793 (17 June 1999).

248 28 U.S.C. § 1350. The Aliens Tort Statute is part of the Judiciary Act of 1789.

249 For an overview, see Stephen P. Mulligan, *The Alien Tort Statute (ATS): A Primer* (Congressional Research Service, updated 1 June 2018).

250 The Supreme Court recently noted that the original purpose of the ATS was “to promote harmony in international relations by ensuring foreign plaintiffs a remedy for international-law violations in circumstances where the absence of a remedy might provoke foreign nations to hold the United States accountable.” *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 584 U.S. ___, 138 S. Ct. 1386, 1406 (2018).

251 *Filártiga v. Peña-Irana*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

in pursuing ATS potential for creating avenues of victim redress in cases of corporate abuses.²⁵² The jurisprudence it has generated is discussed below. While the ATS is not known to be under threat of repeal, the Supreme Court's recent interpretations have led to a significantly less optimistic view of its potential as an instrument of CSR-promotion. Whereas, in 2004, Shamir could write:

“[...] ATCA is truly extraterritorial in its reach, potentially extending American jurisdiction over events that have no bearing on American parties, potentially allowing American courts to declare the valid human rights norms of international law and to apply them to events that took place in other countries”²⁵³,

the Court has limited each of these potentialities since then.

bb. Dodd-Frank Act

The other national legislative provisions relating to corporate social responsibility are three sections of the 2010 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (“Dodd-Frank Act”).²⁵⁴ Proposed by and passed during the Obama Administration, the Dodd-Frank Act's main aim was to improve supervision of the financial industry. In its “Miscellaneous Provisions” of Title XV, however, sections 1502, 1503, and 1504 attempt to address corporate governance of supply chains.

Dodd-Frank Act § 1502 required the SEC to implement regulations to require companies listed on U.S. stock exchanges to report on their due diligence efforts in tracking the origin of their purchases of “conflict minerals”.²⁵⁵ Specifically aiming to help reduce the flow of finances to the warring parties in the Democratic Republic of Congo's (DRC) civil war,²⁵⁶ the Act is limited to companies that source their purchases of tin, tantalum, and tungsten from the DRC or surrounding countries. The reporting requirement aims to increase public

252 Or, as one scholar wrote, activists had a “strategy of extraterritorially mobilizing U.S. law to govern [corporations] operating outside the United States”. Ronen Shamir, *Between Self Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility*, 38 L. & Soc. Rev. 635, 637 (2004).

253 *Id.* at 639.

254 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub.L. 111–203, 124 Stat. 1376, H.R. 4173, enacted July 21, 2010.

255 For an overview of why addressing the conflict minerals problems involving corporate actors is so difficult for criminal law, see Sandra C Wisner, LL.M., J.D., B. A. (Hons), *Criminalizing Corporate Actors for Exploitation of Natural Resources in Armed Conflict: UN Natural Resources Sanctions Committees and the International Criminal Court*, 16:5 *J. Int'l Crim. Justice*, 963, 971–973 (December 2018).

256 The “sense of Congress” of § 1502 states that the provision was included because: *“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 [...]”*. *Id.*, § 1502(a).

scrutiny of companies' commitments to stopping their involvement in human rights abuses occurring in conflict areas.

Section 1503 is also a reporting requirement for companies. Under this provision, mining companies subject to the SEC reporting requirements were to complete reports on violations of health and safety standards in which they or their subsidiaries were involved. Information on the number and types of violations, the number of fatalities caused by the violations, and the amount of fines imposed was to be submitted to the SEC²⁵⁷, as were the notices received regarding the need to close a mine due to imminent dangers or notices of patterns of violations²⁵⁸.

Finally, § 1504 aims to require companies to report on the amount of payments they made to foreign governments for the receipt of natural resource extraction rights. As a measure to implement the Extractive Industry Transparency Initiative (EITI), this section targeted bribery or other illicitly motivated financial exchanges by US companies as a factor in undercutting good governance abroad.²⁵⁹

Even the low-level of mandatory CSR required by the Dodd-Frank Act's Title XV provisions were, however, too much for the affected industries and the majority of the Republicans in Congress. Although passed into law over their vigorous objections in 2010, the sections were quickly put out of effect by the Trump Administration and Congress in the first weeks of 2017. Three bills, two of which would repeal the offending provisions, one which would simply cut funding for implementation, have been introduced. H.R. 10, the "Financial Choice Act of 2017", passed the House in June 2017. Its Section 862 would repeal §§ 1502–1504, but has not yet been voted on by the Senate.²⁶⁰ H.R. 4248 would repeal § 1502. The House Committee on Financial Services passed it in November 2017, but it has not had a full vote in the House. Finally, H.R. 3354 proposes prohibiting the use of federal funds to enforce § 1502. This bill has passed the House, but has not been voted on by the Senate.

Moreover, in April 2017, President Trump's appointed Acting Chairman of the SEC stated that he would not enforce the reporting requirements of Dodd-Frank. Thus, even while still legally valid, the provisions for socially responsible supply chain management are currently unenforced and the provision on payments to foreign governments is unenforceable due to a lack of implementing regulations.

257 *Id.*, § 1503(a).

258 *Id.*, § 1503(b).

259 *Id.*, § 1504.

260 In fact, it has not even been voted on by the Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, which must vote to pass it to the Senate as a whole.

cc. Trafficking Victims Prevention and Protection Act

Supply chain management legislation in the United States is not completely dead, however. In late 2018, the Frederick Douglass Trafficking Victims Prevention and Protection Reauthorization Act of 2018 received Congressional approval, and in January 2019 it became law.²⁶¹ The Act makes changes to the 2006 Trafficking Victims Protection Reauthorization Act, which itself includes a provision instructing the Department of Labor to produce and publish a list indicating goods produced by trafficked or child labor.²⁶² The 2018 Act instructs the Department of Labor to change the list to include goods whose inputs might have been the product of underage workers.²⁶³ Because the list is not intended to punish companies who use child labor goods, the effects of the Frederick Douglass Act will depend on the Department of Labor's implementing rules.²⁶⁴ It is possible, however, that companies will need to adjust their supply chain management, so as to be able to determine if child labor was part of the supply chain.

dd. State Legislation

The power to regulate US corporations does not rest exclusively with the federal government. In 2010, the State of California joined a number of jurisdictions around the world in taking steps to address human trafficking and slavery by requiring businesses to report on their supply chain management. Since 2012, Washington State has also promulgated a bill to stop slavery in supply chains. Not yet a "trend", State legislation may be the most likely source of mandatory CSR in the coming years.

aaa. California's *Transparency in Supply Chains Act of 2010*

Coming into effect in 2012, the California Transparency in Supply Chains Act (TSCA) is a high-profile tool to promote CSR. It is, however, distinctly modest and little more than an official recognition of corporate involvement in abusive practices occurring outside (as well as inside) the United States.

261 Frederick Douglass Trafficking Victims Prevention and Protection Reauthorization Act of 2018, 132 Stat. 5472, Public Law 115–425 (8 January 2019).

262 Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2006, 119 Stat. 3558, Public Law 109–164, § 105(b)(2)(C) (10 January 2006).

263 *Id.*, § 133 (stating that the phrase "including, to the extent practicable, goods that are produced with inputs that are produced with forced labor or child labor" should be inserted into the definition of the Trafficking Victims Protection Reauthorization Act definition of the "goods" to be listed and made available to the public).

264 See also Isa Mirza, *New Anti-Trafficking Legislation May Spur Closer Look at Manufacturers' Supply Chains*, Corporate Social Responsibility and the Law (Foley Hoag, 28 September 2018) (<<https://www.csrandthelaw.com/2018/09/28/new-anti-trafficking-legislation-may-spur-closer-look-at-manufacturers-supply-chains/>; viewed 18 March 2020).

The TSCA requires companies within its scope to publicly report on their efforts to address human trafficking in their supply chains.²⁶⁵ It has three main scope restrictions applying to companies: (1) that are “retailers and manufacturers”; (2) that do business in California; and (3) which have global “gross receipts” of at least \$ 100 million.²⁶⁶ The remedies for failure to report are limited to the State Attorney General’s authority to issue an injunction.²⁶⁷ That is, there are no civil remedies available for violations of the Act, although violations of the criminal provisions against trafficking or slavery exist.

Mainly composed of the information about which the companies must report, the legislation does not require that the companies investigate or control their supply chains, limiting the obligations to saying how they would need to do such investigations, if they do so at all. The CSR-promotion effect is, in this sense, minimal, because it does not move corporations beyond voluntary direct actions to improve the lives of their stakeholders.

The main value in the TSCA, presumably, comes from its signaling effects. The introductory provisions of the Act emphasize the geographic ubiquitousness of slavery and human trafficking, it also notes the difficulties in oversight, and it explicitly sets out the State policy of ensuring that “large retailers and manufacturers [...] educate consumers on how to purchase goods produced by companies that responsibly manage their supply chains”.²⁶⁸ Remaining cautiously within the traditional realm of CSR, the law encourages rather than demands social responsibility.

bbb. Washington State Transparency in Agricultural Supply Chains Act

Washington is currently the second US State to have taken a CSR-promoting legislative action.²⁶⁹ The bill introduced to the State Senate in 2019 is similar to that of California’s TSCA in requiring large companies to publicly report on the measures they are taking to reduce human trafficking and slavery in their global supply chains. The scope would cover only companies that engage in retail sales of cocoa, dairy, coffee, sugar, and fruit products in Washington and that have global gross receipts of at least \$ 200 million.²⁷⁰ While the Washington bill addresses only agricultural retailers, it requires not only reporting on slavery and trafficking reduction efforts, but also on any violations of slavery

265 California Senate Bill No. 657.

266 *Id.*, Sec. 3 (adding Section 1714.43(a)(1) to the Ca. Civil Code).

267 *Id.* (adding Section 1714.43(d) to the Ca. Civil Code).

268 *Id.*, Sec. 2(j).

269 See Amy L. Groff, Jared A. Kephart and Laura K. Veith, *Modern Slavery and Transparency Legislation in the U.S. – States May Follow Suit* (<<http://m.kl Gates.com/modern-slavery-and-transparency-legislation-in-the-us-states-may-follow-suit-04-02-2019/>; viewed 13 March 2020).

270 State of Washington, 66th Legislature, Substitute Senate Bill 5693 (2019 Regular Session) (<<http://lawfilesexst.leg.wa.gov/biennium/2019-20/Pdf/Bills/Senate%20Bills/5693-S.pdf>; viewed 13 March 2020).

laws, and other employment laws in general.²⁷¹ Moreover, the bill would not limit remedies to injunctive or declaratory relief, allowing the Attorney General to ask for statutory and punitive damages, as well as attorney fees and costs.²⁷²

c. *Judicial attention*

In a society where political disputes are often judicialized, it is no surprise that both advocates and opponents have turned to the courts to test the scope for making corporate social responsibility legally binding. Actions known as “foreign direct liability claims” allow private parties to sue multinational corporations directly for harms occurring along their supply-chains.²⁷³ The lack of governmental involvement in the promotion of CSR, however, means that public law jurisprudence on CSR remains thin. The following highlights three areas beyond contract and tort law on which the judiciary has addressed aspects of corporations’ social responsibility.

aa. Administrative Procedure

The Administrative Procedure Act, as described above, is the foundational piece of legislation for the workings of executive agencies. The APA establishes procedures through which agencies promulgate rules to implement legislation and gives jurisdiction to federal courts to ensure adherence to the procedures. Given the significant role played by executive agencies in the regulatory framework facing corporations, the APA requirements are going to be essential elements of realizing attempts to governmentally mandate CSR.

In *American Petroleum Institute v. The Security and Exchange Commission*²⁷⁴, the constitutionality of the annual reporting requirement of Dodd-Frank § 1504 was challenged, but ultimately not addressed by the court. This section of the Dodd-Frank Act required the SEC to enact a rule to require companies to declare their payments to foreign governments for oil and gas concessions in

271 SB 5693, Sec. 4(1)-(2).

272 SB 5693, Sec. 4(7). See also Groff et al. (reporting that the original text of the bill would have included the possibility of civil damage suits for Washingtonians “without regard to whether the resident has suffered specific injury”).

273 Jan M. Smits, *The Expanding Circle of Contract Law*, 27 *Stellenbosch L. Rev.* 227, 228–229 (2016) (referring, *inter alia*, to the UK courts’ hearing on South African plaintiffs’ asbestos-related claims in *Lubbe v Cape PLC* [20001 UKHL 41 (HL), subsequently settled; the Dutch courts’ hearing of the claims of NGOs on carbon emissions in *District Court The Hague* 24 June 2015 ECLI:NL:RBDH:2015:7145 (*Stichting Urgenda v Stoat der Nederlanden*); and a Peruvian plaintiff’s claims against German company, which he claims has harmed him by causing a glacier near his farm to melt). While some private law actions have succeeded, Smits warns against hoping that either tort or contract claims will resolve the injustices of extraterritorial corporate harms. He notes, “the mere fact that these claims are increasingly made does not imply that they will also succeed. Apart from issues of international jurisdiction, substantive private law has difficulty in accommodating externalities that are as remote as described above”. *Id.* at 229.

274 953 F.Supp. 2d 5 (D.D.C., 2013).

their annual reports. The idea behind the reporting requirement of section 13(q) was the presumption that declarations of payments by the extractive industry players to foreign governments would lead to a reduction in illicit payments and, ultimately, to a cure for the “resource curse”. In essence, then, it was an indirect measure to improve corporate social behavior in poor countries.

Over the opposition of the industry, which said that in many jurisdictions it would be prohibited from publicizing such information, the SEC promulgated a rule requiring that companies submit their information in a format that would allow for it to be accessible to the public. Industry requests for exemptions for four resource-rich countries were refused.

The American Petroleum Institute challenged the SEC’s rule as requiring declarations that would be contrary to its member companies’ right to free expression (by remaining silent about these payment amounts). It further asked for a summary judgement on the rule as arbitrarily (and thereby invalidly) demanding public accessibility of the reported information.²⁷⁵ The court only addressed the legality of the SEC’s rulemaking as an administrative law matter. It found that the SEC’s decision to require public disclosure of the information regarding payments to foreign governments for oil and gas concessions was arbitrary and capricious, despite the agency’s attempt to justify its action by looking to Congressional intent.²⁷⁶

The majority presents its analysis as being based on trying to hold the agency to the language of the legislature. Yet, the explanation of the finding indicates a clear preference for commercial interests over the interests of good governance, and in particular over the interests in mandating socially responsible behavior by corporations if that would threaten their profitability. The discussion of the “practicability” of regulations – as a factor to weigh against their effectiveness – is especially destructive for future attempts to regulate in the interest of restricting businesses’ overseas activities:

“True, a broadly written exemption could eviscerate section 13(q) by allowing any country to avoid disclosure by enacting a disclosure-barring law — returning, in effect, to the EITI voluntary compliance regime section 13(q) sought to augment. But dismissing that horrible does not suffice to support a decision costing many billions of dollars and (in the Commission’s own analysis) burdening competition. The Commission could have limited the exemption to the four countries cited by the commentators or to all countries that prohibited disclosure as of a certain date, fully addressing this concern. More fundamentally, given the proportion of the burdens on competition and investors associated with this single decision, a fuller analysis was warranted. A general statement about incentive problems with a broad version of the exemption does not satisfy the requirement of reasoned decisionmaking when, by the Commission’s own estimates, billions of dollars are on the line. [...]

275 Id. at 11.

276 Id. at 20–21.

“The Commission undertook no such specific analysis, however, instead focusing heavily on the statute’s apparent purpose—a purpose it conceived more broadly than the statutory text, which emphasizes practicability. Averse to sacrificing any of the section 13(q) aims no matter the cost, the Commission abdicated its statutory responsibility to investors. The Commission’s exemption analysis hence was arbitrary and capricious and independently invalidates the Rule.”²⁷⁷

Importantly, the court did not do more than vacate the rule. The SEC could and did reconsider and rewrite the rule, issuing it in June 2016. However, the then-Republican majorities in the House and Senate overturned the second rule, using a mechanism offered by the Congressional Review Act. This left § 1504 unenforceable. Although the SEC legally had to pass a valid rule by February 2018, the Trump Administration has no interest in doing so, and it would require a court order to force the Agency to act.²⁷⁸

bb. Free Speech

The limits of the government to restrict the “speech” of corporations has turned out to be a major limitation on making CSR mandatory in the United States. The First Amendment of the US Constitution provides that the government cannot infringe expression: “*Congress shall make no law... abridging the freedom of speech*”.²⁷⁹ Starting with the World War I era, a rapid growth in free speech jurisprudence has continued on to current times and has become iconic of the US legal system.²⁸⁰

Importantly, First Amendment protections extend to corporations as well as natural persons, because corporations are considered to be able to express ideas and hold opinions.²⁸¹ Free speech, moreover, has been interpreted to mean that

277 953 F.Supp. 2d at 22–23 (internal citations omitted).

278 See Nicholas Grabar and Sandra L. Flow, Congress Rolls Back SEC Resource Extraction Payments Rule, Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 16 February 2017 (available at <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/02/16/congress-rolls-back-sec-resource-extraction-payments-rule/>); viewed 12 March 2020).

279 Surprisingly to many observers of US law today, the jurisprudence on freedom of expression is relatively new. Indeed, the First Amendment only became prominent in the wake of the World War I-era laws passed to limit the voices of anti-War activists. Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete*, 117 Mich.L. Rev. 547, 551–554 (2018). (This is the time period, the reader will recall, that also saw the rise of CSR and public relations in the world of corporations.)

280 But see Wu at 549 (“With the important exception of cases related to campaign finance, however, the landmark free speech decisions of the last few decades have centered not on political speech but on economic privileges, like the right to resell patient data or the right to register offensive trademarks. If we accept that protection of political speech is a core function of the First Amendment, many of the recent cases are not merely at the periphery of this project but arguably on another continent. The apparent flurry of First Amendment activity masks the fact that the Amendment has become increasingly irrelevant in its area of historic concern: the coercive control of political speech”; footnotes omitted).

281 *First Nat’l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 780, note 15 and accompanying text (1978) (the First Amendment protections extend to corporations through the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment). See also *id.* at 777 (speech is not less protected by virtue of the speaker).

the government can neither forbid nor compel speech – thus, a “freedom of silence” exists alongside a freedom of expression.²⁸² Finally, the freedom of expression extends beyond the freedom to express (or remain silent on) *ideas* to include the freedom to express (or remain silent upon) *facts*.²⁸³ Thus, governmental control over anything corporations may or must reveal is carefully – or “strictly” – scrutinized and narrowly accepted (only if there is a “compelling interest” at stake).

The protections to corporations set out in the First Amendment (and in the 14th Amendment, in relation to State actions) extend not only to political speech, but also to commercial speech. Commercial speech is less strongly protected than political speech, but it is not always clear whether expressions regarding social responsibility are “commercial” or “political”. This has given corporations significant strength in arguing that regulations aiming at reporting requirements or advertisements are unconstitutional.²⁸⁴ Indeed, recent years have seen such a rise in the use of First Amendment claims to protect corporate speech and corporate silence, that scholars write of the “Corporate Civil Rights” movement.

The strength of the commercial speech protections makes governmental regulation of US corporate statements or actions toward CSR goals problematic in ways not comparable to other jurisdictions.²⁸⁵ Nevertheless, the one case decided on freedom of expression grounds leaves some hope that courts will not inevitably accept corporate speech regarding CSR as “political” speech, but may see it as “commercial” speech.

The California Supreme Court’s *Kasky v. Nike* decision was one of the few court decisions to address corporate “speech” specifically on a company’s commitment to social responsibility.²⁸⁶ The factual background to *Kasky* rested on the plaintiff’s complaint that Nike had employed false statements in its response to revelations about labor abuses in Asian factories producing the company’s goods.²⁸⁷ The decisive legal question for the majority was whether Nike’s statements, if false (the court’s opinion did not answer whether they were actually

282 *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 633 (1943) („It is now a commonplace that censorship or suppression of expression of opinion is tolerated by our Constitution only when the expression presents a clear and present danger of action of a kind the State is empowered to prevent and punish. It would seem that involuntary affirmation could be commanded only on even more immediate and urgent grounds than silence“).

283 *National Association of Manufacturers v. National Labor Relations Board*, 717 F.3d 947, 957 (D.C.Cir.2013).

284 E.g., *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 714 (1977).

285 See Rossella Esther Cerchia & Katherine Piccolo, *The Ethical Consumer and Codes of Ethics in the Fashion Industry*, 8 *Laws* 1, 14 (2019) (doi:10.3390/laws8040023; describing EU and Australian regulations on codes of conduct as including public reporting requirements).

286 *Kasky v. Nike, Inc.*, 27 Cal. 4th 939, 119 Cal. Rptr. 2d 296, 45 P.3d 243 (2002).

287 For the background of the complaint and the company’s responses, see Don Mayer, *Kasky v. Nike and the Quarrelsome Question of Corporate Free Speech*, 17:1 *Bus. Ethics Q.* 65, 66–70 (2007).

false), would nevertheless be Constitutionally protected as political speech or whether they were commercial speech.

Finding that the company's responses to allegations were expressions made by a commercial actor, to a commercial audience, and for a commercial purpose, the California court held that the responses were commercial speech, and thus only protected from unreasonable governmental restrictions.²⁸⁸ The US Supreme Court refused (backing away from an initial grant of *certiori*) to take the case, leaving the State court's decision intact.²⁸⁹

While this does not answer the question of whether a company's code of conduct could be used as a basis for civil suits by consumers who find out that voluntarily professed standards were not upheld, it lends citable authority for such arguments.

cc. Jurisdiction in US Courts

The role of international law in United States' courts is neither a new one, nor one with a simple answer. That CSR is in any way connected to this basic legal inquiry is a function of two things: first, the particularity of the Alien Tort Statute, discussed above; and second, the CSR demand for victims' access to remedies as set out in the UNGP's third pillar. Coming together in one case, these aspects drove the Supreme Court's 2013 decision in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*.²⁹⁰

The UNGP, as we have stated, aim to ensure that individuals who have suffered harms due to corporate activities have a mechanism by which they can make their complaints known and receive relief. The UNGP framework permits nonjudicial remedies to fulfil this obligation, but many advocates protecting broader societal stakeholders' rights prefer judicial mechanisms to complaints offices within the corporation or to ombudsmen approved by the corporation they accuse as perpetrating the abuses.

As noted above, the *Filártiga* case raised hopes that the jurisdictional grant to federal court offered by the Alien Tort Statute could offer a pathway to a judicial remedy in the United States for victims of corporate irresponsibility anywhere in the world. Although the human rights abuses condemned in *Filártiga* were carried out by state actors, it was hoped that the ATS, aimed as it was toward torts that had taken place outside the borders of the USA, could be instrumentalized to impose binding liability on corporate abuses taking place in jurisdictions where the corporations were actually impacting the environment, communities, and individuals' lives. As a result, in the years between *Filártiga* and *Kiobel*, over 150 cases were filed against corporations based on the ATS.²⁹¹

288 45 P. 3d at 247.

289 539 US 654 (2003).

290 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, No. 10–1491, (U.S. 17 April 2013).

291 Donald Earl III Childress, *The Alien Tort Statute, Federalism, and the Next Wave of Transnational Litigation*, 100 *Geo. L.J.* 709, 713 (2012).

aaa. *Sosa v. Alvarez-Machain*

To assess the corporate responsibility types of claims, one of the issues that courts needed to clarify was whether the ATS offered jurisdiction for “regular” human rights violations. The statute itself is old and vague, offering jurisdiction for “a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”. Were international human rights violations ones that fell within this ambit? The Supreme Court addressed this question with *Sosa v. Alvarez-Machain*.²⁹² In *Sosa*, the Mexican plaintiff was complaining about arbitrary arrest and detention, having been kidnapped by Mexican agents of the US government in order to be extradited to the US.²⁹³ In the relevant passages, the Court used an historical approach to explain why it was not convinced that arbitrary arrest and detention was covered by the ATS:

“We think it is correct, then, to assume that the First Congress understood that the district courts would recognize private causes of action for certain torts in violation of the law of nations, though we have found no basis to suspect Congress had any examples in mind beyond those torts corresponding to Blackstone’s three primary offenses: violation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy. [...]

“Still, there are good reasons for a restrained conception of the discretion a federal court should exercise in considering a new cause of action of this kind. Accordingly, we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized. [...]”²⁹⁴

The Court then reemphasized its adherence to a cautious expansion of jurisdiction in the context of ATS:

“we are persuaded that federal courts should not recognize private claims [...] for violations of any international law norm with less definite content and acceptance among civilized nations than the historical paradigms familiar when § 1350 was enacted.”²⁹⁵

Using this analysis, the Court rejected Alvarez-Machain’s ATS complaint.²⁹⁶

bbb. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*

Following *Sosa*, the question arose as to whether ATS claims could be launched against corporations. As various Circuit Courts disagreed on this matter, the Supreme Court agreed to examine the question. It was under this perspective

292 542 U.S. 692 (2004).

293 *Id.* at 698.

294 *Id.* at 724–725.

295 *Id.* at 732.

296 *Id.* at 738.

that the Court granted a writ for Ms. Kiobel’s case²⁹⁷ and it was for this reason that the CSR community was particularly excited.

The hopes of making ATS into a CSR hammer, however, were dampened by the Supreme Court’s final interpretation of the statute.²⁹⁸ First, the Court ended up not deciding on the statute’s applicability to corporate defendants. Second, the majority reduced the remedies offered by ATS to cases in which there was a substantial link to the United States. The following gives an overview of the case and its implications for CSR.

The *Kiobel* case stemmed from the actions of Royal Dutch Petroleum and its Nigerian subsidiary, Shell Petroleum Development Corp. The Ogoni Niger River Delta has oil deposits worth several billion dollars²⁹⁹ and Royal Dutch Shell has been drilling in the country since the 1950s. In these activities, Shell seems to have been particularly remiss.³⁰⁰ The thousands of spills, flares, discharges, and other production-related activities have made the land in the area non-arable and the groundwater high in carcinogens and other pollutants. As a result, the native peoples of the area have protested but without positive results. In 1993, protestors tried to stop the laying of new pipeline, but the paramilitary arm of the Nigerian police raided the area to crushed the protest, allegedly killing 2000 people and displacing 80,000 more.

Using the ATS, Ms. Kiobel, widow of one of the victims of the raid, challenged Royal Dutch Petroleum (RDP) in US federal court. She alleged that RDP had worked with the Nigerian government to stop the protest and thereby were complicit in the human rights violations that occurred. The lower court questioned whether particular actions were indeed violations of international law, finding that certain allegations did fulfil that criterion. RDP challenged the finding, arguing that corporations could not be held liable under the ATS because there was no established international law regulating private actors’ behavior. The Second Circuit Court of Appeals agreed³⁰¹,

297 565 U.S. 961 (2011).

298 569 US 108 (2013). After hearings in February 2012, the Court requested rehearings on the extraterritoriality question. 565 U.S. ___, Order 10-1491 (March 5, 2012).

299 A Reuters journalist reported that even after approximately \$ 180 million in losses due to stolen oil, Shell had Nigerian oil profits of about \$ 4 billion in 2017. Ron Bousso, In Nigeria, Shell’s onshore roots still run deep, Reuters, 23 September 2018 (<<https://www.reuters.com/article/us-nigeria-shell-insight/in-nigeria-shells-onshore-roots-still-run-deep-idUSKCN1M3069>>; viewed 13 March 2020).

300 While Shell has committed itself to addressing the spills and has a webpage to report on the number and source of spills, the revelations remain problematic. Between 2013 and 2019, 799 spills occurred. Shell, Oil Spill Data (<<https://www.shell.com.ng/sustainability/environment/oil-spills.html>>; viewed 13 March 2020). By far the most of these were recorded as due to sabotage, but operational spills and even “mystery” spills also figure in the graph. Id. All seven spills in February 2020 were due to sabotage. Id. at <<https://www.shell.com.ng/sustainability/environment/oil-spills/february-2020.html>> (viewed 13 March 2020).

301 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 145 (2d Cir. 2010), reh’g denied, 642 F.3d 268 (2d Cir. 2011), and reh’g en banc denied, 642 F.3d 379 (2d Cir. 2011).

although Seventh, Ninth, and District of Columbia Circuits had allowed ATS claims against corporations to proceed.³⁰²

The Supreme Court granted *certiorari* and heard arguments on the corporate defendant issue.

After the February 2012 hearings, however, the Supreme Court requested the parties to present arguments on a different issue – whether claims with no “link” to the United States could be heard in US courts.³⁰³ Rehearing arguments were presented in October on the specific question of

“[w]hether and under what circumstances the [ATS ...] allows courts to recognize a cause of action for violations of the law of nations occurring within the territory of a sovereign other than the United States”.³⁰⁴

It was on this basis that the Court ultimately decided to reject the plaintiff’s complaint.³⁰⁵ The circumstances of *Kiobel*’s claims were exclusively foreign: the violations took place in Nigeria, by Nigerians, to Nigerians and the defendant was Dutch/British. Without an explicit basis in the statute to extend jurisdiction extraterritorially, the unanimous Court refused to do so.

“The principles underlying the presumption against extraterritoriality thus constrain courts exercising their power under the ATS.

III

“[...] It is true that Congress, even in a jurisdictional provision, can indicate that it intends federal law to apply to conduct occurring abroad. [...] But to rebut the presumption, the ATS would need to evince a “clear indication of extraterritoriality.” [...] It does not.”³⁰⁶

Much of the reaction to *Kiobel* by CSR advocates was negative.³⁰⁷ The Court not only upheld the Appellate Court’s determination that Shell would not be subject to ATS liability, it substantially narrowed the scope of the statute, ending attempts to benefit from the US legal system’s plaintiff-friendly structures if the plaintiffs and defendants are unrelated to the US. It was, even before the era of “America-First”, a judicial proclamation of America-centered jurisdiction. Indeed, even Justice Breyer’s concurrence (joined by the three more liberal jus-

302 *Childress* at 738 (citing *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co.*, 643 F.3d 1013, 1017–21 (7th Cir. 2011); *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, No. 02–56256, 2011 WL 5041927, at *7 (9th Cir. Oct. 25, 2011); *Doe VIII v. Exxon Mobil Corp.*, 654 F.3d 11, 41 (D.C. Cir. 2011)).

303 See *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 565 U.S. 1244 (2012) (asking the Parties to file supplemental arguments).

304 *Id.*

305 *Kiobel*, 569 U.S. at 115 (“The question here is not whether petitioners have stated a proper claim under the ATS, but whether a claim may reach conduct occurring in the territory of a foreign sovereign”).

306 *Kiobel*, 569 U.S. at 117–118.

307 The decision, however, was precisely what a letter to the Court in 2004 by UK, Australia, and Switzerland had requested.

tices), which disagreed with the majority's presumption against extraterritoriality, called for the ATS to be limited to cases in which there was a clear "American national interest".³⁰⁸ The important difference with the majority lay in what should count as being a national interest:

"we should treat this Nation's interest in not becoming a safe harbor for violators of the most fundamental international norms as an important jurisdiction-related interest justifying application of the ATS in light of the statute's basic purposes — in particular that of compensating those who have suffered harm at the hands of, e.g., torturers or other modern pirates".³⁰⁹

Even with the extraterritoriality presumption, the question of whether corporations *could be* liable under the ATS was left open. With this, the possibilities of enforcing CSR against US companies remain undisturbed, as do the possibilities of broadly interpreting the "national interest".

This is particularly important in a jurisdiction such as the United States, where legislative and regulatory measures are rare and legally fraught. As multiple authors have pointed out, there is symbolic power in bringing ATS cases against corporations. Childress' comments, written before *Kiobel* was handed down, explain:

"In light of the dim chances for success in ATS cases based on the small number of plaintiff judgments to date, it is arguable that modern uses of the ATS against corporations have not been driven solely by forum shopping and choice of law, but rather by the signaling value that is offered when bringing suit against a corporation for alleged violations of international law. By alleging that a corporation is violating international law, plaintiffs subject corporations to brand damage while gaining significant publicity in hopes of both encouraging policy change and a monetary settlement. The use of the ATS converts a claim sounding in tort against a corporation into a claim sounding as a violation of international law. This has the potential to create public-relations problems for corporations, and thus force a settlement, because no corporation wishes to be known as a human-rights abuser or violator of international law. Put another way, it seems that the real value of an ATS case is that it transforms a tort case into a human-rights case."³¹⁰

Kiobel did not close the door to corporate ATS cases, even if it left the Ogani people without a legal remedy in US courts. Subsequent cases continue in federal courts, and with each, corporations and their stakeholders are forced to re-negotiate the balance between social power and social responsibility.

308 *Kiobel*, Breyer concurring, 569 U.S. at 133.

309 *Id.*

310 Childress, *supra* at 725 (footnotes omitted).

3. *Europe*

Attention to corporate behavior in the sense of CSR came to Europe significantly later than it did to the United States,³¹¹ but has moved since then with notable intensity. Culturally more open to governmental regulation of companies than their American counterparts, Europeans have led the movement to shift international conversations away from CSR and toward the imposition of binding corporate obligations in the area of human rights.

That said, there is still little in the way of binding rules to require European companies to take stakeholder interests into account in decision-making, or to permit victims of abuses abroad to initiate compensation claims against European companies at the top of the supply chain. Europe's lead in the Business and Human Rights dialogue is, it appears, more on the level of international incitement than it is local implementation.

With no pretense of addressing European promotion of CSR comprehensively, the following will sketch out the most noticeable aspects solely for the purpose of comparing them to the international and US approaches.

a. European Union

With a 1995 Manifesto of Enterprises against Social Exclusion³¹², the path was set for European businesses to try to establish best practices regarding interactions between firms and community stakeholders. Jacques Delors, then-President of the European Commission, launched the Manifesto and with it created the European Business Network for Social Cohesion.³¹³ The latter was renamed one year later, becoming the still-existing network of businesses devoted to promoting sustainability and corporate social responsibility, CSR Europe.³¹⁴ Subsequent evolutions in the agenda maintained the programmatic nature of the European "way" of doing CSR.³¹⁵ Having remained voluntary throughout the first decade of the 2000s, corporate responsibility discussions turned toward greater regulatory interventions in the early 2010s.

311 Christina Garsten, Corporate Social Responsibility in: Ullrich Kockel, Máiréad Nic Craith, and Jonas Frykman, eds., *A Companion to the Anthropology of Europe*, 407, 411 (Wiley, 2012).

312 See <<https://www.csreurope.org/european-commission>> (viewed 18 March 2020).

313 See CSR Europe – 20 years of business-policy interaction driving the CSR movement (<<https://www.csreurope.org/history>>; viewed 18 March 2020).

314 *Id.*

315 For an excellent summary of the development of European Union policies and programs on CSR, see Olivier De Schutter, *Corporate Social Responsibility European Style*, 14 *Eur. L. J.* 203, 206–217 (2008).

aa. 2001 Green Paper on CSR

In 2001, the European Commission (EC, or the Commission) issued its first guidance paper on CSR: the EC Green Paper on CSR. In this paper, the Commission described³¹⁶ CSR to be

a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis.³¹⁷

The Green Paper then went on to discuss the “internal”³¹⁸ and “external”³¹⁹ dimensions of CSR, as well as “An Holistic Approach” that companies could employ to implement CSR. The internal aspects were those mainly focused on the company’s treatment of its workers, covering hiring and promotional practices, health and safety at work, and sustainable management of restructuring. Interestingly, the Green Paper specifically addressed the need to ensure responsibility among contractors as well as of direct employees and own products.³²⁰

The external dimension of CSR highlighted by the Commission were those related to local and foreign stakeholders. Here, human rights and environment were specifically mentioned, as were the need for businesses to help the communities by direct economic contributions to the local economy and by encouraging large companies to “give support” to smaller companies and start-ups.³²¹ Extraterritorial aspects of CSR were not neglected, either. The paper talked of supply chains and the usage of codes of conduct as well as the need to implement and verify company compliance.³²² Transparency, thus, was brought into the European framework as a cornerstone of its CSR policy.

bb. 2011 EU Strategy for CSR

Following up on a 2002 Commission Communication³²³ and a 2006 policy paper supporting the creation of the private sector’s European Alliance on CSR³²⁴, the Commission took up the corporate social responsibility concept again. In

316 The Commission seemed to not want to *define* the term, noting that «[t]here is no unique definition of corporate social responsibility”, instead giving an indication of the generally accepted meaning. European Commission, Green Paper: Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility, COM(2001) 366, para. 24.

317 *Id.*

318 *Id.* at 2.1., p. 8.

319 *Id.* at 2.2., p. 11.

320 E.g., *id.* at para. 37 (discussing health and safety practices of contractors).

321 *Id.* at para. 49.

322 E.g., *id.* at para. 57.

323 European Commission, Communication from the Commission Concerning Social Responsibility: A Business Contribution to Sustainable Development, COM(2002)347.

324 European Commission, Implementing the Partnership for Growth and Jobs: Making Europe a Pole of Excellence on Corporate Social Responsibility, COM(2006)136.

2011, the EU issued its “renewed” CSR policy. The Communication paper is often pointed to as significant for its “new definition of CSR”, which it sets out as:

“the responsibility of enterprises for their impacts on society”.³²⁵

The operative difference to the 2001 description is not immediately obvious, but the 2011 approach implies a shift away from the wishfulness of the 2001 “concept” of voluntary integration interests toward a pointed expectation of accountability for negative impacts. This implicit expectation allowed the Commission to continue to set forth its hope that companies will “carry out risk-based due diligence, including through their supply chains”.³²⁶

Seen from the perspective of today’s trajectory of CSR interests morphing into a push for Business and Human rights, the more interesting aspect of the Commission’s 2011 paper is its explanation of its multipronged interest in revisiting the topic.³²⁷ The Commission not only wrote that it wanted to add to the earlier policies to make them more effective, it also wanted “to reaffirm the EU’s global influence” in the field of CSR, to harmonize Member State policies, “and so reduce the risk of divergent approaches that could create additional costs for enterprises operating in more than one Member State”.³²⁸ The EU’s “modern understanding of CSR”³²⁹, in other words, is – at its core – only minimally different than the understanding of Heald: maintain enough responsibility to balance social power in order to maintain the level of social power currently enjoyed.

cc. Non-Financial Reporting

One of the steps the European Parliament took to further the 2011 policy was to promulgate a reporting requirement on publicly traded companies to report on their CSR efforts. In 2014, a directive was passed to require large companies to file a “non-financial statement” on matters related to environmental impacts, employee policies, social matters, human rights impacts, and corruption.³³⁰ The Directive does not require that companies implement CSR-promoting poli-

325 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Renewed EU Strategy 2011–14 for Corporate Social Responsibility, COM(2011)681 (25 October 2011).

326 *Id.*, p. 6.

327 *Id.*, pp. 5–6

328 *Id.*, p. 6.

329 *Id.*, p. 5.

330 Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, L 330/1 (15 November 2014). The directive also requires company reporting on diversity of employees, suggesting information on age, gender, and education as a way of making companies more open to innovation. *Id.* at paras. 17, 18.

cies, but insists that if there are none, the reasons for the lack of policy must be noted.

dd. Conflict Mineral Regulation

In 2017, the EU passed the Conflict Minerals Regulation to address the human rights impacts of trade in tin, tantalum, tungsten, and gold on persons and communities living in conflict-affected regions.³³¹ Based on (and incorporating³³²) the OECD's model conflict minerals framework and similar in concept to the Dodd-Frank Act § 1502 regime for conflict minerals, the EU Regulation will require any importer of the named minerals to carry out a due diligence investigation of its supply chain, to ensure that the minerals it imports are not being sourced from areas in which the profits are financing or prolonging wars.³³³ They must also arrange their management systems to ensure that someone in the company is responsible for the supply chain oversight of potential conflict minerals³³⁴, to keep records for traceability of their imports,³³⁵ and implement a complete risk management system to scrutinize their supply chains of risks that might occur at any point along it³³⁶. Consumer disclosure³³⁷ and regulatory reporting³³⁸ requirements are further features of the foreseen program.

Not yet in effect, the verdict is still out on the effectiveness of the EU Regulation, because it is unclear how strictly the Member States will oversee its enforcement within their jurisdictions. In particular, while its scope is broader than, for example, the Dodd-Frank provision (applying to supply chains in any conflict or high-risk area rather than only in the DRC region), the lack of guidance in the Regulation for Member State punishment of violators causes some human rights advocates to be concerned.³³⁹

b. *United Kingdom: Monitoring of Slavery in the Supply Chain*

In March 2015, the United Kingdom (UK) House of Commons bill to combine the offenses of slavery and human trafficking and to increase the criminal pe-

331 Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas, L 130/1 (19.5.2017; scheduled to come into effect 1 January 2021).

332 *Id.*, art. 4(b).

333 *Id.*, art. 3.

334 *Id.*, art. 4(c).

335 *Id.*, art. 4(f).

336 *Id.*, art. 5.

337 *Id.*, art. 7.

338 *Id.*, art. 17.

339 E.g., Sascha Matuszak, Report on Supply Chain Compliance 3, no. 5 (Society of Corporate Compliance and Ethics, 5 March 2020) (<<https://www.jdsupra.com/legalnews/a-look-at-the-eu-conflict-minerals-34874/>; viewed 17 March 2020).

nalties for participation in such acts became law.³⁴⁰ In order to enhance its effects and to require companies to commit to transparency about slavery or trafficking in their supply chains, the Act was amended soon after passage to include Section 54 (“Transparency in Supply Chains etc.”), a reporting requirement. Section 54, effective at the end of October 2015, mandates that large companies (companies with a minimum annual global turnover of £36 million), report annually on any steps they have taken to ensure that there is no slavery or trafficking either in their business or in their supply chains.³⁴¹ The provisions also require public accessibility of the statement – either by posting it on the business’ website or, if there is no website, by sending it to anyone who requests it within 30 days of receiving the request.³⁴² Failure to submit a report is subject to injunctive relief by the Secretary of State.³⁴³

Like other CSR reporting requirements, the Act does not require that steps be taken to eliminate slavery or human trafficking from the supply chain. Nevertheless, applying to all sectors of the economy, and to any business with a global turnover of £ 36 million supplying goods or services in the UK, the law covers a broad group of commercial actors.

Early indications of The Modern Slavery Act’s effectiveness are mixed. On the one hand, the lack of business attention to the law was a point of sharp criticism several years after its going into effect. Reportedly, the UK Home Office wrote to 17,000 companies in October 2018 to threaten them with being “named and shamed” if they failed to comply with their Section 54 obligation to report.³⁴⁴

On the other hand, the UK law, which itself was modeled on the Californian law, has been influential in paving the way for further international discussions on slavery and human trafficking in global supply chains.³⁴⁵ It was the basis of Australia’s (more stringent) 2018 law³⁴⁶, and of Canada’s current Modern Slavery bill³⁴⁷. Moreover, Hong Kong and the Netherlands are reportedly con-

340 Modern Slavery Act 2015, UK Public General Acts, 2015 c. 30.

341 See *id.*, sec. 54(4) (defining «A slavery and human trafficking statement»).

342 *Id.*, sec. 54(7).

343 *Id.*, sec. 54(11). But note that in Scotland, the relief is specific performance. *Id.*

344 Ruth Green, UK Modern Slavery Act Failings Point to Need for Global Action on Slavery, International Bar Association, 7 January 2019 (<<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=57fc8a75-2a33-422c-9274-e98e53056472>>; viewed 14 March 2020).

345 *Id.* See also Molly Millar, Five years on, is the UK’s landmark anti-slavery law fit for purpose? Reuters, 18 October 2019 (quoting Kevin Hyland, former UK Anti-Slavery Commissioner) (<<https://www.reuters.com/article/us-britain-slavery-expertviews-trfn/five-years-on-is-the-uks-landmark-anti-slavery-law-fit-for-purpose-idUSKBN1WX02J>>; viewed 14 March 2020).

346 An Act to require some entities to report on the risks of modern slavery in their operations and supply chains and actions to address those risks, and for related purposes (Modern Slavery Act 2018), Australian Government Federal Register of Legislation No. 153, 2018 (<<https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>>; viewed 15 March 2020).

347 Cécile Barbière, France’s ‘Rana Plaza’ law delivers few results, EURACTIV, 25 February 2019 (<<https://www.euractiv.com/section/development-policy/news/french-law-on-multinationals-res>

sidering taking up legislation to end slavery in supply chains (as discussed below), both of which are similar to the UK's approach to CSR/Business and Human Rights.³⁴⁸

c. France's Due Diligence Law

Several years after the UK, the French Parliament passed its own CSR law. Not its first foray into CSR, the passage of the *Loi de Vigilance* was nevertheless significant. Unlike the previous regulations to mandate reporting that had been passed in response to the 2001 Green Paper³⁴⁹, the 2018 law mandated deeper corporate attention to human rights, environment, and health and safety matters arising from their activities and from those of their suppliers and contractors. It was widely discussed as moving CSR away from voluntary steps and into the sphere of legally binding obligations.

Tracking the third UNGP pillar, the *Loi de Vigilance* requires that companies report on any possible violations of human, labor, or environmental rights in their supply chains. The standard of "human rights due diligence" aims to ensure that not only do companies need to ask whether there are any abuses of human rights occurring along their supply chains, but that they actively seek out where risks of violations may exist.³⁵⁰ Moreover, beyond the powers of enforcement that the law gives the government, it provides for civil liability of the business vis-à-vis victims of abuses along its supply chain. As such, it conceptually goes further than the legislative provisions of the United States, California, or the UK, and arguably is the standard against which further rules will be measured.

Despite the interest and attention generated by the *Loi de Vigilance*, current assessments of the law's effectiveness are sobering. A consortium of human

ponsibility-for-workers-abroad-achieves-few-results/; viewed 15 March 2020); Amnesty International, *Devoir de Vigilance: les entreprises peuvent mieux faire*, 21 February 2019 (<<https://www.amnesty.fr/responsabilite-des-entreprises/actualites/les-entreprises-dans-le-viseur-des-ong>; viewed 15 March 2020).

348 Green, *supra*.

349 See Anna Triponel, "Business & Human Rights Law: Diverging Trends in the United States and France" 23:5 *Am. Univ. L. Rev.* 855, 878 (2007) (citing Law No. 2001-420 of May 15, 2001, *Journal Officiel de la République Française* [J.O.] [Official Gazette of France], May 16, 2001, p. 7776).

350 UNOHCHR, *The Relevance of Human Rights Due Diligence to Determinations of Corporate Liability*, UN Doc A/HRC/38/20/Add.2 (1 June 2018). See particularly *id.* at para. 8:

"Human rights due diligence should not be confused with other forms of legal due diligence activities, such as those carried out in preparation for corporate mergers and acquisitions, or those required for compliance monitoring purposes in areas such as banking or anti-corruption. The key difference between these concepts is that the latter group is generally concerned with identifying, preventing, and mitigating risks to business; whereas human rights due diligence is concerned with risks to people, specifically from adverse human rights impacts that a business enterprise may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products, or services by its business relationships."

See also Nicolas Bueno, *Diligence en Matière de Droits de l'Homme et Responsabilité de l'Entreprise: Le Point en Droit Suisse*, 29 *Swiss. Rev. Int'l & Eur. L.* 345, 346-349 (2019).

rights NGOs pointed out that with only 80 reports published by February 2019, most of the companies that would be required to publish reports (approximately 300) have not, and those that have made reports have done so incompletely.³⁵¹

d. Denmark: CSR Reporting Requirement

The Scandinavian countries are among the forerunners of integrating societal obligations in corporate regulation on a broad basis.³⁵² With Denmark having one of the oldest CSR reporting obligations and Norway's having one of the newest sharpened supply chain diligence laws, the generally positive views on corporate social responsibility associated with Scandinavia continue to hold. Denmark in particular has been noted for addressing corporate social responsibility with national legislative tools prior to the rest of continental Europe.³⁵³

The Danish government's approach to CSR, early though it was, is similar to the overall EU approach: it is based on reporting requirements rather than on mandatory CSR implementation. The most notable of these is found in Section 99a of the Danish Financial Statements Act.³⁵⁴ This came into effect in 2009 and obliges companies above a prescribed level of assets or profits and/or with more than 250 employees to file a report with information on the company's policies, implementation of the policies, self-assessment of its achievements in CSR, and prognosis of future CSR-promoting actions.³⁵⁵

An early study on the actual impact of the reporting requirement, however, indicated disappointing results.³⁵⁶ Whereas the quantity of information being published by companies had indeed increased, experts recognized real improvements

351 See Sandra Cossart, What lessons does France's Duty of Vigilance law have for other national initiatives, 27 June 2019 (<<https://www.business-humanrights.org/en/what-lessons-does-frances-duty-of-vigilance-law-have-for-other-national-initiatives>>; viewed 21 March 2020) (explaining the law and the "shortcomings" in compliance so far, but noting the website that NGOs Sherpa and CCFD established to provide a list of companies and their plans, vigilance-plan.org).

352 Garsten, at 411; Robert Strand, Corporate Responsibility in Scandinavian Supply Chains, 85 *J. Bus. Ethics*, 179 (2009).

353 *Id.* (citing a study by Roepsdorff, 2010).

354 *Arsregnskabslovens § 99 a* (Danish Financial Statements Act, Act No. 1403, § 99a) (27 December 2008)).

355 Karin Buhmann, The Danish CSR Reporting Requirement as Reflexive Law: Employing CSR as a Modality to Promote Public Policy Objectives through Law, *Europ. Bus. L. Rev.* 187, 191 (2013); see also Karin Buhmann, Responsible Investment in Denmark: Practices among Institutional Investors in a Context of Statutory Reporting Requirements, in: Tessa Hebb, James P. Hawley, Andreas G.F. Hoepner, Agnes L. Neher, and David Wood, eds., *The Routledge Handbook of Responsible Investment*.

356 DanWatch, The Impact of the Danish Law on CSR Reporting (November 2011) (<<https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/10649.pdf>>; viewed 14 March 2020).

in only a certain number of issue areas, and note that companies have not engaged with the more challenging aspects of CSR.³⁵⁷

e. Norway: Supply Chain Due Diligence Law

In November 2019, Norway's Ethics Information Committee recommended a new law to require supply chain human rights due diligence reporting for companies active in Norway. Similar to the UK Modern Slavery Act and the French *Loi de Vigilance*, the Norwegian law requires companies falling within its scope to assess their supply chains for risks to human rights.³⁵⁸ They must also publish reports on the risks and how they are managing such risks.³⁵⁹ What is particular about the Norwegian regime is the broad scope: while some of the due diligence and reporting obligations only would apply to larger companies, not only does the threshold of "large" start low (NOK 35 million – under \$4 million – in assets), all companies have an obligation to respond to third party requests for information about their own and their supply chain's practice with regard to fundamental human rights and decent work.³⁶⁰ This "stakeholder" request possibility renders the possible commercial consequences of misbehavior much more potent than do mere governmental reporting obligations.

*4. Other*³⁶¹

a. Australia

aa. Commonwealth Modern Slavery Act

The Australian (Commonwealth) Modern Slavery Act 2018 is one of the more recent CSR laws focusing on human rights abuses in supply chains.³⁶² Modelled on the California and UK laws, it is more demanding than either. Like the UK Act, Australia's law requires all large companies, established or doing business in Australia, to report on possible slavery or human trafficking in their supply chains.³⁶³ Going beyond the UK law, however, the 2018 Act requires not only reporting about steps the company has taken, but also obliges the company to re-

357 *Id.* at 10–11.

358 See <<https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/12/Another-Proposed-Human-Rights-Due-Diligence-and-Reporting-Requirement-for-Multinationals>> (viewed 15 March 2020).

359 *Id.*

360 *Id.*

361 The author has also read of corporate law statutes in Indonesia and India. These have not been further investigated for reasons of space and a lack of research sources. See instead Sally Wheeler, *Committing to Human Rights in Australia's Corporate Sector*, ANU College of Law Research Paper No 19.13, footnote 30 (2019) (mentioning Indonesia's Company Liability Act 20/2007, Art. 74 and India's Companies Act 2013, sec. 135). These have not been further investigated for reasons of space and a lack of research sources.

362 See Modern Slavery Act 2018.

363 The Act applies to companies with an annual consolidated revenue of at least AUD 100 million. *Id.*, sec. 5.

port on any risks of slavery or trafficking in the supply chain, and to explain its due diligence efforts to determine and eliminate such risks.³⁶⁴

Section 16 of the Act specifies the “mandatory criteria” that are to be provided by each company and even provides an “example” of the types of information to be set forth:

16 Mandatory criteria for modern slavery statements

- (1) A modern slavery statement must, in relation to each reporting entity covered by the statement:
 - (a) identify the reporting entity; and
 - (b) describe the structure, operations and supply chains of the reporting entity; and
 - (c) describe the risks of modern slavery practices in the operations and supply chains of the reporting entity, and any entities that the reporting entity owns or controls; and
 - (d) describe the actions taken by the reporting entity and any entity that the reporting entity owns or controls, to assess and address those risks, including due diligence and remediation processes; and
 - (e) describe how the reporting entity assesses the effectiveness of such actions; and
 - (f) describe the process of consultation with [related entities] [...]; and
 - (g) include any other information that the reporting entity, or the entity giving the statement, considers relevant.

Example: For paragraph (d), actions taken by an entity may include the development of policies and processes to address modern slavery risks, and providing training for staff about modern slavery.³⁶⁵

With the first reporting period coming in the second half of 2020, there is nothing definitive to be said about how successfully the Act will be in spurring due diligence or even reporting, let alone reducing human rights abuses. The weakness of the Act, pointed out by many, is the lack of penalties for failure to report. While the Commissioner may “name and shame” companies who fail to comply with the statement mandate, the Act foresees no fines or other punitive responses that the government may take if it determines that an entity failed to file or incompletely files a statement.³⁶⁶

364 Modern Slavery Act 2018

365 *Id.*, sec. 16.

366 See Paul Redmond, At last, Australia has a Modern Slavery Act. Here’s what you’ll need to know, 2 December 2018 (<<https://theconversation.com/at-last-australia-has-a-modern-slavery-act-heres-what-youll-need-to-know-107885>>; viewed 15 March 2020).

bb. New South Wales: Modern Slavery Proposed Act

Along with the Commonwealth Act, the territory of New South Wales' legislature passed a bill for its own Modern Slavery Act.³⁶⁷ This bill's demands for supply chain due diligence statements would be obligatory for companies with only AUD 50 million turnover,³⁶⁸ and, significantly, provides penalties for non-compliance with the reporting³⁶⁹ and public-awareness³⁷⁰ requirements. The creation of an Anti-Slavery Commissioner³⁷¹ with the power to launch make referrals to the police or other governmental agencies for further investigations lends further "bite" to the regime³⁷².

Despite passage of the bill, the NSW Act has not been put into force and is now reputedly under reconsideration.³⁷³ The territorial government argues that the legislation may be incompatible with the Commonwealth Modern Slavery Act and has deferred implementation indefinitely. Tellingly, perhaps, a representative of the Australian Institute of Company Directors criticized the Act's binding penalties, calling the "punitive approach [...] inappropriate at this time" and urging for a "regime focused on transparency" only.³⁷⁴ Corporations, it seems, do not want social responsibility even for the gravest of human rights abuses.

b. *Hong Kong*

In response to the US State Department's 2016 and 2017 placing of Hong Kong on its Tier 2 list of countries with human trafficking, Hong Kong legislators proposed that the country enact a Modern Slavery Act 2017 based on the UK's Modern Slavery legislation.³⁷⁵ The proposed Hong Kong Modern Slavery Bill

367 New South Wales, An Act to make provision with respect to slavery, slavery-like practices and human trafficking and to provide for the appointment and functions of an Anti-slavery Commissioner; and for other purposes ("Modern Slavery Act 2018"), No 30 (version of 8 January 2019); assented to 26 June 2018, not yet in force.

368 *Id.*, sec. 24(1)(b).

369 *Id.*, sec. 24(2) (maximum penalty is set at "10,000 penalty units"); sec. 24(7) (another 10,000 penalty units may be imposed if reporting is false).

370 *Id.*, sec. 24(6) (penalty of 10,000 penalty units may be levied if company does not publicize its report).

371 *Id.*, sec. 6.

372 *Id.* at Sec. 13(2).

373 See Ben Doherty, NSW anti-slavery act could be abandoned despite being voted into law, *The Guardian*, 8 November 2019 (<<https://www.theguardian.com/australia-news/2019/nov/08/nsw-anti-slavery-act-could-be-abandoned-despite-being-voted-into-law>>; viewed 15 March 2020).

374 *Id.*

375 Hong Kong Government Denies that New Laws are Needed to Tackle Modern Slavery, Herbert, Smith, Freehills Legal Briefings, 8 Jun 2018 (<<https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/hong-kong-government-denies-that-new-laws-are-needed-to-tackle-modern-slavery>>; viewed 19 March 2020).

2017, too, would prohibit slavery and human trafficking.³⁷⁶ It would establish an independent commission and victim protections in the form of allowing victims to bring a civil action for damages against a trafficker.³⁷⁷ More significantly for CSR, it would also require “sizable” companies to adhere to a supply chain reporting requirement like the UK Act – that is, companies would have to report on what, if anything, they undertake to prevent slavery or trafficking present within their supply chains.³⁷⁸ With no provision for penalizing non-compliance beyond injunctive authority of the Chief Executive in Council, the Bill relies on company action and consumer notice to demand real changes in policy.

Opposed by the government as unnecessary, the 2017 attempt to pass human trafficking legislation languished, but reportedly restarted in 2019.³⁷⁹ As of the date of this article, the bill had not moved further.

c. *Canada*

The UK Modern Slavery Act was also the model for the Canadian proposal for a Transparency in Supply Chains Act.³⁸⁰ Bill C-423, currently in Parliament, namely aims at shedding light on the risks of slavery and trafficking in the supply chains of Canadian companies and companies doing business in Canada.³⁸¹ Similar to the UK Act, the Transparency in Supply Chains Act will contain reporting requirements for the companies subject to it to declare any steps being taken to prevent slavery or the risks of slavery in their operations and in the operations of companies they directly or indirectly control. It, also like the UK law, refrains from imposing a duty to undertake human rights due diligence investigations of supply chains, requiring only that a lack of investigation be reported.³⁸²

376 See Dennis Kwok and Kenneth Leung, A brief overview of the Modern Slavery Bill 2017, LC Paper No. CB(2)1480/17–18(05) (June 2018) (<<https://www.legco.gov.hk/yr17-18/chinese/papers/se/papers/se20180605cb2-1480-5-ec.pdf>>; viewed 19 March 2020).

377 *Id.*

378 *Id.*

379 Beh Lih Yi, Hong Kong lawmaker vows fresh push for UK-style anti-slavery law, Reuters, 9 January 2019 (<<https://www.reuters.com/article/us-hongkong-trafficking-lawmaking/hong-kong-lawmaker-vows-fresh-push-for-uk-style-anti-slavery-law-idUSKCN1P30PR>>; viewed 19 March 2020).

380 House of Commons of Canada, Bill C-423: An Act respecting the fight against certain forms of modern slavery through the imposition of certain measures and amending the Customs Tariff (First Reading 13 December 2018) (<<https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-423/first-reading>>; viewed 19 March 2020).

381 *Id.* Sec. 2(1) (definition of “entity”). E.g., sec. 2(1)(b) (the provisions would apply to businesses that have two of: at least CAD 20 million in assets; CAD 40 million in revenue; and/or 250 or more employees).

382 *Id.*, Sec. 7. See also Government of Canada, Supply chain consultation: Issue Paper (30 May 2019) (<<https://www.canada.ca/en/employment-social-development/programs/international-affairs/consultation-supply-chains/issue-paper.html>>; viewed 18 March 2020).

Nevertheless, the bill requires that reports be published³⁸³, and proposes the establishment of an Ombudsman with the authority to take complaints from whistleblowers³⁸⁴. More importantly, the bill explicitly obliges companies to take subsidiaries' businesses into account in their reporting. Thus, supply chains are implicated.³⁸⁵ Most importantly, the Canadian reporting requirements would be mandatory, with fines of up to CAD 250,000³⁸⁶ for both the entity and its officers who ordered or participated in to the fault³⁸⁷. Authorities, moreover, would have the right to a warrant to enter business or private premises in search of the information required for a report.³⁸⁸

d. The Netherlands

The Dutch Parliament passed a law in 2019, now scheduled to go into effect in 2022, to require companies to perform supply chain due diligence for child labor.³⁸⁹ The Child Labour Due Diligence Bill has received the praise of human rights advocates for mandating that companies not only scour their supply chains for child labor and publish their findings, but that they also must create a plan to state how they will address the problems.³⁹⁰ This Human Rights Due Diligence approach, like France's law, is action-oriented rather than merely transparency-directed. Focused only on child labor, however, the scope remains narrower than the French law.

383 Bill C-423, Sec. 8.

384 See Elizabeth Raymer, Canada expected to pass legislation on modern-day slavery in supply chains (Canadian Lawyer, 30 January 2020) (<<https://www.canadianlawyermag.com/news/general/canada-expected-to-pass-legislation-on-modern-day-slavery-in-supply-chains/325664>>; viewed 18 March 2020).

385 Bill C-423, Sec. 6 (indicating that the entities covered include those controlled by the Canadian company).

386 Id., Sec. 15.

387 Id., Sec. 16.

388 Emilie de Haas, Keeping Up with the Times: Why Canada Should Enact a Modern Slavery Act, McGill University Faculty of Law, Centre for Human Rights & Legal Pluralism (7 August 2019) (<<https://www.mcgill.ca/humanrights/article/70th-anniversary-universal-declaration-human-rights/keeping-times-why-canada-should-enact-modern-slavery-act>>; viewed 19 March 2020).

389 See also Isa Mirza, Pioneering Dutch Law Raises Global Standards for Eliminating Child Labor in Supply Chains: Understanding the Dimensions of Compliance, Corporate Social Responsibility and the Law (Foley Hoag, 7 June 2019) (<<https://www.csrandthelaw.com/2019/06/07/pioneering-dutch-law-raises-global-standards-for-eliminating-child-labor-in-supply-chains-understanding-the-dimensions-of-compliance/>>; viewed 18 March 2020).

390 E.g., MVO Platform, The Netherlands takes a historic step by adopting child labour due diligence law (14 May 2019); Juliane Kippenberg, Netherlands Takes Big Step Toward Tackling Child Labor (Human Rights Watch, 4 June 2019) (<<https://www.hrw.org/news/2019/06/04/netherlands-takes-big-step-toward-tackling-child-labor>>; viewed 18 March 2020).

H. Conclusion

Corporate Social Responsibility has had a long history and one that is not likely to be over soon. A concept of tremendous ideological power, the term “CSR” means many things to many stakeholders – and from that diversity derives its influence. It has developed as a possible antidote to the degradations on workers’ lives caused by the early raw capitalists to a union-quelling tool of “public relations”, to a tool to enhance consumer acceptance of products stemming from global value chains. Along the way, it was the voluntariness of CSR that distinguished it from economic regulation – and what made it a noble cause. CSR, like state diplomacy, is a practice that exists instead of law – not because of law.

Thus, the legal guise of corporate social responsibility today – Business and Human Rights – is not CSR as it was originally conceived. CSR until the 1990s was essentially a concept endemic to the United States, and it was a movement to address the effect US corporations were having on their stakeholders in a way paralleling the ideals that Americans had about what social responsibilities anybody with social power – public or private – should have. CSR, in other words, was to some extent the pendant to state responsibility: aiming to balance social power with social responsibilities.

Interestingly, while they may prove more effective in bringing corporations to heel, current trends in the law of making corporations socially responsible are much less ambitious than CSR. As new laws around the world demonstrate, the obligations being placed on corporations are mainly those of transparency in the treatment of humans in global supply chains. Corporate social power, seen as the power to refuse to contract with those who commit fundamental violations of human dignity, is being channeled through reporting and, in some cases, investigations of risk mitigation techniques.

The Europeanization of the Business and Human Rights model of socially responsible companies has pressed law forward while keeping companies in the business of doing business. They must follow laws and make profits. Legal obligations to investigate their business practices – whether for signs of slavery or child labor, for indications of foreign bribery, or for lax environmental controls – can make companies “law-abiding”, not “responsible” in any deeper meaning of the word. Then again, neither did the empty promises of CSR. In looking to balance social responsibilities with social power, then, perhaps reducing the latter will be the next study to consider.

Règlement consensuel des différends en droit pénal

CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE*

* Dr iur., Professeure de droit pénal général et spécial ainsi que de modes amiables de règlement des conflits en droit pénal à l'Université de Lausanne, avocate à Lausanne. L'auteure remercie chaleureusement M. Ryan Gauderon, MLaw, doctorant au centre de droit pénal, pour sa relecture attentive et ses suggestions pertinentes.

Table des matières

A.	Introduction	100
B.	Le «conflit pénal» et son règlement à travers l'histoire	101
	I. Etendue du droit pénal: «publicisation» progressive de conflits privés	102
	II. Canalisation de la vengeance et composition	104
	III. Avènement de la procédure pénale publique: du système compensatoire au système punitif	105
	IV. Quelques constats intermédiaires	108
C.	Le règlement consensuel des différends en droit pénal suisse: <i>de lege lata</i>	109
	I. Dispositions procédurales	109
	1. Conciliation pénale	109
	a. Champ d'application matériel et temporel	110
	aa. Infractions poursuivies sur plainte	110
	bb. Infractions auxquelles l'art. 53 CP serait applicable	111
	cc. Autorités pénales saisies et procédure pénale pendante	112
	b. Procédure	113
	c. Conséquences	114
	aa. Conciliation aboutie	114
	bb. Echec de la conciliation	117
	2. Procédure simplifiée	118
	3. Médiation pénale	120
	a. Champ d'application matériel et temporel	121
	b. Procédure	122
	c. Conséquences	123
	II. Droit matériel	125
	1. Réparation	125
	2. Repentir sincère	128
	3. Fixation de la peine en général	128
	III. Appréciation critique	129
	1. Le moment de la résolution amiable	129
	2. La mise en œuvre des processus	130
	3. Le contenu de la résolution amiable	131
	4. Les conséquences de la résolution amiable sur la procédure pénale	132
	5. La limitation du champ d'application des modes de résolutions amiables	133
	6. Conclusions intermédiaires	134
D.	Le règlement consensuel des différends de nature pénale <i>de lege ferenda</i>	135
	I. Justice restaurative	135
	1. Définition	135
	2. Processus mettant en œuvre la justice restaurative	136
	a. Médiation pénale ou dialogue victime-auteur	138
	b. Conférences	140
	c. Cercles	141
	d. Autres pratiques	143
	3. Institutionnalisations possibles de ces processus	143
	4. Effets et résultats d'études criminologiques	145
	a. Récidive, réduction des coûts et désistance	146
	b. Réinsertion et satisfaction des victimes et des auteurs d'infractions	147
	II. Intégration de la justice restaurative en droit suisse	149
E.	Conclusion	151

A. Introduction

De prime abord, il peut sembler incongru de parler de «règlement consensuel des différends en droit pénal». Ce dernier domaine du droit est en effet précisément caractérisé par le fait que l'autorité pénale impose une sanction à un individu (ou une entreprise) en raison de la transgression d'une norme de comportement, et cette sanction n'est, en principe, pas susceptible de négociation ou d'accord.

Cependant, l'infraction pénale, dans de très nombreux cas, crée des dommages (à l'intégrité corporelle ou sexuelle de la victime, au patrimoine du lésé, mais aussi à la réputation d'une personne, à l'entourage du prévenu, à la famille entière de la victime, etc.). Telle une pierre jetée dans un lac, l'infraction frappe d'abord au centre de son point d'impact, mais ses effets se déploient sur divers cercles plus ou moins élargis. La société dans son ensemble est atteinte par un assassinat violent, mais moins sans doute que le voisinage direct de la victime ou de l'auteur et encore moins que leurs proches respectifs. Le droit pénal vise ainsi à protéger aussi bien la communauté en général que les personnes qui la composent. Lorsqu'il échoue et qu'une infraction est commise, cela implique non seulement de la souffrance auprès de ces personnes, mais également un devoir de réparer celle-ci, d'une manière ou d'une autre.

Historiquement, l'infliction d'un mal à la suite de la transgression d'une norme n'intervient pas immédiatement. L'organisation des communautés (Romains, Germaniques, villes du nord de la France, etc.) se concentre d'abord sur la canalisation du droit de vengeance et le montant de la réparation à verser à la victime et à sa famille. La forme du «procès pénal» en est le reflet; victime et auteur s'y opposent dans un procès-duel, de type accusatoire, où le juge n'a qu'un rôle d'arbitre et n'est saisi qu'en dernier recours, lorsque le règlement consensuel a échoué.

La présente contribution se concentre ainsi sur les vestiges de ce temps en droit positif. Nous verrons dans quelle mesure il est encore possible pour les principaux concernés par l'infraction, soit le prévenu et le lésé, de s'entendre. Nous examinerons encore la portée d'une transaction intervenue entre les parties. Les négociations et accords éventuels entre le prévenu et l'autorité pénale (soit en préalable à une ordonnance pénale, à un classement basé sur l'art. 53 CP¹ ou dans le cadre d'une procédure simplifiée selon les art. 358 ss CPP²) ne seront traités que de façon marginale. Nous chercherons d'abord à mettre en lumière le règlement consensuel des différends de nature pénale qui surviennent entre individus.

Il faudra admettre que le droit suisse est faiblement doté à cet égard; rares sont les dispositions qui favorisent la transaction pénale. Les tribunaux sont en

1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CPP; RS 311.0).

2 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP; RS 312.0).

autre restrictifs lorsqu'il s'agit de tenir compte d'un tel accord. Un autre modèle de justice, en vigueur principalement à l'étranger, permet cependant de redonner une place aux personnes directement touchées par une infraction pénale, dans un but de réparation des dommages qui en sont issus. Il s'agit de la *justice restaurative* qui, à travers ses différents outils et au vu de ses résultats auprès des parties, constitue selon nous un modèle de justice propre à inspirer le législateur suisse.

B. Le «conflit pénal» et son règlement à travers l'histoire

Sans nullement prétendre à faire un historique complet du droit pénal et de la procédure criminelle³, nous nous bornerons à mettre en exergue certains éléments à même d'éclairer sous un jour différent le procès pénal que nous connaissons aujourd'hui. Il s'agit d'une lecture éminemment subjective, dirigée par la volonté de comprendre comment, en s'organisant en communautés, les individus en sont venus à abandonner le pouvoir de régler seuls leurs différends de nature pénale, tout en donnant au juge le pouvoir de sanctionner l'auteur. Cependant, l'histoire du droit pénal n'a rien de linéaire; les époques et civilisations se succèdent sans continuité dans la construction de la justice criminelle. L'édifice «droit pénal» est construit, puis détruit, puis construit à nouveau, parfois au moyen de matériaux recyclés ou empruntés ailleurs. Certains modèles ressurgissent, mais on ne peut y voir systématiquement une volonté d'amélioration. Nous ferons donc la lumière sur certains aspects, à certaines périodes, seulement.

Trois éléments nous semblent particulièrement mériter notre attention: les importantes variations dans la définition du «conflit de nature pénale», la place centrale de modèles consensuels de règlement de ces conflits à travers l'histoire et les motifs pour lesquels la procédure pénale est désormais régie par la forme inquisitoire, c'est-à-dire initiée par le magistrat et dont l'issue dépend presque exclusivement de la décision de celui-ci⁴.

3 Pour cela, nous renvoyons à JEAN-MARIE CARBASSE, avec la collaboration de PASCAL VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris 2014; MARK PIETH, *Stafrechtsgeschichte*, Bâle 2015; HINRICH RÜPING et GÜNTER JEROUSCHEK, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6^e éd., Munich 2016.

4 En histoire du droit pénal, on oppose en effet la procédure pénale de type «accusatoire» à l'«inquisitoire». La procédure accusatoire suppose qu'un plaignant la déclenche; à défaut, le juge ne peut pas enquêter. Une fois lancé, le procès pénal se déroule sous la forme d'un duel entre l'accusateur et l'accusé. Le juge se contente, à la fin du duel, de constater de quel côté est le bon droit, pour attribuer à la victime le montant de la réparation. En revanche, la procédure inquisitoire est, quant à elle, engagée par le magistrat, qui représente la communauté ou l'intérêt public. Il peut agir d'office, dès qu'il a connaissance de l'infraction. Il enquête sur les faits et, le cas échéant, condamne à une peine. Dans ce système, la victime est en arrière-plan ou n'intervient pas du tout. Sur cette distinction, v. CARBASSE (note 3), p. 15 s.

I. Etendue du droit pénal: «publicisation» progressive de conflits privés

On peut définir le droit pénal comme un ensemble de règles dont la violation est assortie d'une sanction de nature pénale, c'est-à-dire à but punitif et dissuasif⁵. Le droit pénal joue le rôle de «ligne rouge», délimitant les comportements définis comme tellement antisociaux qu'ils méritent d'être punis. Par la crainte de la sanction qu'il prévoit, le droit pénal entend protéger les justiciables contre ceux qui ne sont pas suffisamment contenus par leur éducation, leur morale ou encore la crainte pour leur réputation, par exemple⁶. Comme dernier rempart, le droit pénal assure encore le respect d'actes et de décisions rendues en droit civil et administratif (art. 286–292, 294 CP). Vu sous cet angle, le droit pénal joue un rôle essentiel dans une société moderne, comme *corpus* de règles fondamentales prétendant assurer une forme de cohésion sociale.

Ainsi défini, il est difficile d'imaginer une société organisée et pacifiée dans laquelle le droit pénal est inexistant. Cependant, l'histoire de la justice criminelle est ponctuée de périodes, parfois longues, où il n'existe pas de pouvoir central suffisamment fort pour faire respecter des règles de nature strictement pénale. Bien plus, durant de longues périodes, il n'existe tout simplement pas de telles règles. Nous ne citerons que deux exemples, tirés de l'histoire de notre civilisation, à l'appui de ce constat.

Soulignons en premier lieu la distinction qu'effectuait le droit romain entre délits publics (*crimen*, au pluriel *crimina*) et délits privés (*delictum*, au pluriel *delicta*). Avant l'avènement de la République (qui intervient vers 509 av. J.-C.), puis également par la suite, le droit romain distinguait ainsi les infractions lésant les intérêts publics, concernant la communauté toute entière, de celles qui n'atteignaient que la sphère des intérêts privés, concernant uniquement des individus. Aux débuts de la République, le droit pénal public était rare; seuls les crimes politiques ou ayant trait à la religion étaient réprimés par les magistrats au moyen d'une procédure pénale pouvant aboutir à un châtiement⁷. Les *delicta*, telle l'*injuria* (atteintes corporelles et injures verbales) ou le vol (*furtum*), qui lésent des intérêts privés, étaient réglées selon une procédure essentiellement civile, dans laquelle le lésé intervenait comme plaignant pour réclamer au prévenu une réparation (appelée *poena* compensatoire), fixée en

5 V. notamment MARTIN KILLIAS, ANDRÉ KUHN et NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4^e éd. 2016, p. 1 s. sur les caractéristiques de la sanction pénale.

6 Nous empruntons ici au préambule de l'Ordonnance criminelle qu'a rendue Louis XIV en 1670 à Saint-Germain-en-Laye: «[...] Règlement de l'instruction Criminelle, qui est d'autant plus importante, que non seulement elle conserve les particuliers dans la possession paisible de leurs biens, ainsi que la Civile; mais encore elle assure le repos public, & contient par la crainte des châtiments, ceux qui ne font pas retenus par la considération de leur devoir», texte original mis en ligne par la Bibliothèque nationale de France (<www.bnf.fr>), département Droit, économie, politique, F-12143.

7 CARBASSE (note 3), p. 34 s. et 56 ss. Sur les peines du droit romain et leur développement, v. ce même auteur, p. 73 ss.

fonction des circonstances de l'acte et de la valeur du bien atteint⁸. C'est principalement dès l'époque d'Auguste (27 av. J.-C.) que s'est développé le «droit pénal public»⁹. Tel a été le cas par l'introduction d'infractions nouvelles (comme le déplacement de bornes) ou la transformation en crimes publics de comportements qui n'étaient que des délits privés, parce qu'ils lésaient en outre l'ordre public (par exemple: vol de bétail, vol dans les thermes ou vol avec effraction)¹⁰. Toutefois, lorsque l'infraction était à l'origine un délit privé, devenu un crime public, le lésé avait le choix d'agir au civil pour demander réparation, ou au pénal pour obtenir le châtement du coupable¹¹. La tendance à l'extension du droit pénal public s'est poursuivie et fortement accentuée sous le Bas-Empire (III^e siècle ap. J.-C.), avec en outre l'avènement de sanctions corporelles cruelles, infligées publiquement afin de dissuader les criminels.

De même que sous les premiers temps de l'ère romaine, à la suite des grandes invasions barbares du V^e siècle, le droit pénal public a pratiquement disparu. Il faut attendre le XII^e, voire le XIII^e siècle de notre ère pour que le pouvoir central (royal ou impérial) commence à être suffisamment fort pour définir des infractions et assurer la répression de celles-ci¹². Avant cette période, les véritables «infractions pénales», telles les homicides, rapt et trahisons, qui pouvaient être sanctionnées à l'issue d'un procès, étaient rares¹³. Ce n'est qu'au cours des quatre derniers siècles du Moyen-Age que le droit pénal public s'est développé, pour définir également des infractions de moindre importance, puis fixer les peines applicables. Cette évolution s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui, où de nombreux conflits de nature purement privée peuvent être portés devant le juge pénal.

C'est également au cours des XIII^e au XV^e siècles que la procédure inquisitoire s'est progressivement généralisée¹⁴. Est-ce à dire que l'anarchie et l'insécurité régnerent pendant près de dix siècles, de la chute de Rome au Bas Moyen-Age? Il est fréquent de lire que la vengeance privée était alors la règle et débouchait sur des querelles et guerres infinies¹⁵. Bien qu'on ne puisse nier

8 CAMILLE PERRIER, *La médiation en droit pénal suisse: Etude de la législation suisse relative à la médiation pénale à la lumière des droits français, allemand et belge*, Bâle 2011, p. 10 s.; CARBASSE (note 3), p. 34 et 66 ss.

9 Concédonns toutefois que le développement du droit pénal public a commencé au milieu du II^e siècle avant notre ère, avec un essor marqué sous la dictature de Sylla (82–79), lequel a fait voter des lois réprimant selon une procédure de droit pénal public de nouvelles infractions, comme les fraudes électorales ou les falsifications de testaments.

10 CARBASSE (note 3), p. 42 ss.

11 CARBASSE (note 3), p. 70.

12 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte: Ein Grundriss*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2017, p. 133 ss; CARBASSE (note 3), p. 90 ss. Il y a toutefois une période, à l'époque carolingienne, où Charlemagne parvient à ressusciter le droit pénal public existant sous le Bas-Empire romain, notamment à l'égard des brigands ou des sorciers, v. PERRIER (note 8), p. 13.

13 CARBASSE (note 3), p. 89 ss.

14 V. ci-après: chiffre III.

15 V. notamment KILLIAS, KUHN et DONGOIS (note 5), p. 4.

l'existence de telles *vendetta*, on doit également souligner l'adoption systématique de règles qui canalisèrent la vengeance, précisément pour éviter qu'elle ne dégénérait.

II. Canalisation de la vengeance et composition

En l'absence de règles de droit pénal public, les hommes ont systématiquement adopté des règles fixant (parfois très précisément) le montant à payer à la victime ou à son clan pour l'indemniser et lui racheter son droit à la vengeance. Ce versement avait en outre, dans certains cas, un caractère punitif. On peut désigner le montant en question par le terme générique de «composition»¹⁶.

Le premier exemple et le plus évident de règles fixant un tel tarif est celui qui figure dans la Loi des XII Tables (autour de 451 av. J.-C.), applicable aux premiers temps de la République romaine. Les tables VIII et XII fixaient d'une part un prix à payer en dédommagement de la victime (la *poena* compensatoire)¹⁷ et d'autre part la loi du Talion pour des crimes plus graves. Si, par la suite, le droit pénal public romain s'est développé et que les peines se sont diversifiées, la *poena* est néanmoins restée en vigueur jusqu'à la chute de l'Empire¹⁸.

Les lois germaniques comportaient également de tels «tarifs». La loi salique (applicable aux Francs) rendit même l'acceptation de la composition obligatoire, pour éviter que la vengeance ne puisse dégénérer¹⁹. A l'époque franque, la réparation était l'unique «peine» à laquelle l'accusé pouvait être condamné²⁰. Le montant de la composition (ou *Wergeld*²¹) était fixé dans la loi de façon très précise, en fonction notamment de la victime (Franc, Gallo-romain, jeune fille ou femme enceinte, etc.), de la nature de l'acte (commis par l'épée, noyade, etc.) ou de l'importance du dommage causé²². Cependant, seuls les deux tiers

16 Sur ce sujet en particulier, v. NUMA DENIS FUSTEL DE COULANGES, *La monarchie franque*, Paris 1988, p. 471 ss.

17 Par exemple une règle de la table VIII: «*Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt.*» (Si quelqu'un casse les os d'un autre à la main ou à l'aide d'une massue, que la compensation soit de 300 sesterces, si c'est un esclave, 150, s'il a fait un simple mal, 25).

18 CARBASSE (note 3), p. 65 ss.

19 CARBASSE (note 3), p. 95 ss.

20 ELMAR G. M. WEITEKAMP, *The History of Restorative Justice*, in: Gordon Bazemore et Lode Walgrave (éds), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Monsey 1999, p. 75–102, spec. 84 s.; FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Wiedergutmachung und Genugtuung im Strafprozess vom 16. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts*, in: Heinz Schöch (éd.) *Wiedergutmachung und Strafrecht, Neue Kriminologische Studien*, T. 4, Munich 1987, p. 9 ss, spec. 19 ss.

21 Ce qui signifie le «prix de l'homme» et a été originellement fixé pour les homicides, mais appliqué par la suite par extension aux autres infractions moins graves.

22 V. JEAN FRANÇOIS AIMÉ PEYRÉ, *Lois des Francs, Contenant la Loi Salique et la Loi Ripuaire, Suivant le Texte de Dutillet*, Paris 1828.

de ce prix étaient versés à la victime ou à sa famille (en tant que part de la vengeance: le *faidus*, de *faida*: vengeance). Le tiers restant était payé au roi, comme amende pour trouble de la paix publique: le *fredus*, de *friede*: paix²³. La loi Gombette (applicable aux Burgondes), antérieure, contient également de tels tarifs²⁴, tout comme la loi ripuaire²⁵, rédigée postérieurement à la loi salique, au VII^e siècle.

Soulignons qu'à l'époque, les victimes n'avaient recours aux tribunaux et aux tarifs indiqués que si les parties en cause n'avaient pu s'entendre seules. Fréquemment aidées par des hommes d'Eglise, elles signaient des pactes de paix ou de sécurité, qui scellaient l'accord et fixaient le montant de la composition²⁶. La procédure judiciaire, essentiellement «accusatoire»²⁷, reposait entièrement sur la volonté du lésé et de son clan de saisir le juge pour obtenir le montant de la compensation. L'accusateur s'opposait alors à l'accusé et le juge n'avait qu'un rôle d'arbitre²⁸. Corollaire inévitable: si le malfaiteur était puissant, que le lésé n'avait pas de moyens ou craignait de saisir la justice²⁹, le coupable restait impuni. C'est une des raisons qui ont motivé la transformation de la procédure pénale.

On constate néanmoins que la «vengeance» a toujours très rapidement été encadrée et canalisée, dans l'idée d'assurer d'une part la paix publique et, d'autre part, une forme d'indemnisation aux victimes³⁰.

III. Avènement de la procédure pénale publique: du système compensatoire au système punitif

L'adoption du droit pénal public (et répressif) est apparue matériellement nécessaire, d'une part parce que l'idée s'est répandue que l'argent ne devait pas permettre de s'absoudre de certains crimes³¹, et d'autre part pour éviter que

23 CARBASSE (note 3), p. 103 ss.

24 V. GEORGE AUGUSTE MATILE, *Etudes sur la loi Gombette*, Turin 1847.

25 PEYRÉ (note 22), p. 229 ss.

26 DOMINIQUE BARTHÉLEMY, *La vengeance, le jugement et le compromis*, in: *Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, 31^e congrès, Angers, 2000. Le règlement des conflits au Moyen Âge, p. 11–20. Cet auteur insiste sur le fait que les jugements des tribunaux entraînaient des accords privés ou rendaient des décisions qui y étaient fortement similaires. V. ég. PERRIER (note 8), p. 13; CARBASSE (note 3), p. 195 ss.

27 Sur la distinction entre procédure inquisitoire et accusatoire dans l'histoire de la justice criminelle, v. note 4.

28 PAHUD DE MORTANGES (note 12), p. 133 ss.

29 Ajoutons que les tribunaux médiévaux appliquaient le système dit de la «rétorsion de la peine», hérité de l'époque romaine, qui signifie que le plaignant qui ne parvient pas à démontrer le bien-fondé de son accusation est condamné à la peine à laquelle l'accusé était exposé.

30 BARTHELEMY (note 26), p. 14 ss.

31 CARBASSE (note 3), p. 123. Idée qui a gardé toute sa pertinence aujourd'hui encore; v. à cet égard l'initiative parlementaire n° 10.519 de Daniel Vischer, qui a guidé la modification du texte de l'art. 53 CP, afin qu'elle ne puisse plus donner «l'impression [qu'elle] était appliquée de telle

certains crimes ne demeurent impunis³². Pour assurer la répression, il fallait également réformer la procédure: il est apparu nécessaire de combler les lacunes du système accusatoire en prévoyant, d'abord dans certains cas puis de manière plus générale, que le juge puisse ouvrir une enquête sans le concours d'un plaignant, c'est-à-dire une procédure inquisitoire³³.

Les facteurs ayant facilité ce tournant aux XII^e et XIII^e siècles sont multiples³⁴; on a évoqué les lacunes du système accusatoire, mais il faut aussi signaler l'importance de la redécouverte du droit pénal romain du Bas-Empire (le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien), dont le volet pénal prévoit la procédure inquisitoire et des sanctions pénales particulièrement sévères et visibles, dans une perspective de prévention générale³⁵. Le droit romain a considérablement influencé non seulement le droit canonique mais également les statuts de villes du Nord de l'Italie puis celles du Midi de la France. La procédure inquisitoire s'est encore répandue grâce à l'influence de plus en plus importante des Cours d'Eglise (ou *Officialités*³⁶), où elle pouvait dans certains cas être applicable³⁷. Originellement créés pour juger les infractions commises par les membres de l'Eglise (non seulement les clercs, mais aussi les étudiants, pèlerins et croisés) ou qui avaient trait à la religion (hérésie, sacrilège, blasphème, etc.), ces tribunaux d'exception ont gagné en importance au XIII^e siècle. Enfin, la concentration du pouvoir dans les mains du souverain a également été un facteur de généralisation de la procédure inquisitoire. L'enjeu est essentiel: le souverain marque sa puissance en intervenant d'office et en sanctionnant les criminels. Comme le relève Dupont-Bouchat, le droit pénal public va de pair avec la création de l'Etat³⁸.

sorte qu'elle permettait aux personnes qui en avaient les moyens d'échapper facilement aux sanctions» (FF 2018 3882).

32 GÜNTER JEROUSCHEK, «Ne crimina remaneant impunita»: Auf daß Verbrechen nicht ungestraft bleiben: Überlegungen zur Begründung öffentlicher Strafverfolgung im Mittelalter, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 89 vol.1 (2013), p. 323–337. Cet auteur démontre que, si Innocent III n'a peut-être pas été à l'origine de la redécouverte de ce principe, il a fortement contribué à sa popularité.

33 V. note 4.

34 Sur le tournant du XIII^e siècle vers la procédure inquisitoire, v. CARBASSE (note 3), p. 188 ss; PERRIER (note 8), p. 16 ss; PETER LANDAU «Ne crimina maneat impunita». Zur Entstehung des öffentlichen Strafanspruchs in der Rechtswissenschaft des 12. Jahrhunderts, in: Mathias Schmoeckel, Orazio Condorelli et Franck Roumy (éds), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Tome 3: Straf- und Strafprozessrecht, Cologne/Weimar/Vienne 2012, p. 23–35.

35 CARBASSE (note 3), p. 127 ss; WINFRIED TRUSEN, IX. Der Inquisitionsprozeß: Seine historischen Grundlagen und frühen Formen, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung*, 74 (1), 1988, p. 168–230, 219 ss.

36 Du nom de l'*official*, ecclésiastique spécialement chargé par les évêques de juger en leur nom.

37 Sur la procédure inquisitoire devant les Cours d'Eglise, son origine et ses conditions, v. l'article très détaillé de TRUSEN (note 35).

38 MARIE-SYLVIE DUPONT-BOUCHAT, Le crime pardonné: la justice réparatrice sous l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècles), *Criminologie*, volume 32, numéro 1, printemps 1999, p. 31–56, p. 33.

Dès le XII^e siècle également, la transaction pénale sera progressivement proscrite. Certaines sources de droit médiéval postulent que l'interdiction de l'accord victime-auteur n'a pas immédiatement concerné toutes les infractions, mais uniquement une partie des infractions susceptibles d'une peine de mort, soit en particulier l'adultère et le rapt ainsi que les infractions moins graves³⁹. Les autres infractions passibles de la peine capitale, tel l'homicide, pouvaient en revanche faire l'objet d'une transaction avec le lésé, afin d'épargner au coupable la peine de mort. Cependant, en France, dans la seconde moitié du XIII^e siècle, dès lors que le pouvoir de juger et de punir leur appartenait, les souverains ont promulgué des ordonnances interdisant de façon générale toute forme de transaction judiciaire pénale⁴⁰. Il ne fallait plus laisser aux particuliers le pouvoir de s'entendre sur des litiges de nature pénale, dont le règlement incombait exclusivement au roi. Bien que les transactions judiciaires soient devenues illicites, elles ont perduré pendant plusieurs siècles, et ce particulièrement en pays de coutume⁴¹. En effet, la procédure accusatoire et la possibilité de signer un pacte de paix avait été un point essentiel, réclamé par les bourgeois des villes du Nord de la France au XII^e siècle, précisément pour se prémunir contre l'arbitraire des seigneurs. L'objectif était de ne pas pouvoir être poursuivi à bien plaisir, en l'absence d'un quelconque plaignant⁴².

Néanmoins, les grandes codifications intervenues en France et dans le Saint Empire Romain Germanique au XV^e siècle⁴³ font la part belle à la procédure inquisitoire et aux peines exemplaires, reléguant à l'arrière-plan la victime et la réparation⁴⁴. Les codifications françaises et, dans une certaine mesure, germaniques, ont influencé le droit applicable en Suisse⁴⁵. Ces lois ont posé le cadre du procès pénal actuel en consacrant la justice pénale que nous connaissons aujourd'hui, soit une enquête initiée et dirigée par un magistrat ainsi qu'un droit pénal «public» visant à infliger une sanction au coupable⁴⁶. Dans un tel contexte, la victime n'a plus de rôle central: elle peut certes participer et réclamer une réparation, mais elle n'a plus d'influence sur le sort de l'action publique; l'Etat punit, ce qui consacre le passage d'un modèle de justice compensatoire à un modèle répressif.

39 LANDAU (note 34), p. 28 s.

40 Sur l'interdiction progressive des transactions, v. CARBASSE (note 3), p. 193 ss et les références aux ordonnances des rois de France qu'il contient.

41 CARBASSE (note 3), p. 195 ss.

42 PERRIER (note 8), p. 15 s.

43 Soit la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 et l'Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539.

44 PERRIER (note 8), p. 21 s.

45 Sur l'influence de la Caroline en Suisse, lire: ALBERT MEIER, *Die Geltung der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiete der heutigen Schweiz*, thèse Berne, 1911, spéc. p. 121 ss. Sur l'influence de la législation française en Suisse, lire MICHAEL ALKALAY, *Das materielle Strafrecht der französischen Revolution und sein Einfluss auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik*, thèse Zurich 1984, p. 112 ss.

46 Le lecteur nous pardonnera la rapidité avec laquelle nous passons sur les codifications de l'Ancien Régime; il trouvera un résumé plus détaillé dans une publication antérieure (PERRIER [note 8], p. 21 ss) ainsi que, pour le XIX^e siècle, chez PAHUD DE MORTANGES (note 12), p. 254 ss.

IV. Quelques constats intermédiaires

Ces quelques éléments de l'histoire du droit pénal et de la procédure pénale nous ont permis de prendre conscience que la notion de crime varie considérablement au cours des siècles. C'est de façon très changeante que les hommes ont assigné au domaine pénal ou civil tel ou tel «acte qui cause un dommage». Alors que le rapt était l'une des seules infractions de droit pénal public au Haut Moyen-Age, le Code pénal suisse n'entend plus punir celui qui parvient à ravir à un tiers son épouse légitime – pour autant bien sûr que cette dernière y consente. A l'inverse, notre code punit comme l'un des crimes les plus graves la traite d'êtres humains (art. 182 CP, passible d'une peine privative de liberté jusqu'à 20 ans), alors que la vente d'esclaves païens par les marchands vénitiens était un commerce tout à fait respectable au X^e siècle. Pour trivial qu'il soit, ce constat permet de réfléchir au caractère indispensable – ou non – d'un droit pénal public dont le champ d'application est aussi large que celui que nous connaissons aujourd'hui.

En outre, l'avènement du droit pénal public n'a pas mis fin à une époque enlisée dans la vengeance privée, barbare et sans limite⁴⁷. Nous empruntons le constat suivant à ROULAND⁴⁸: «Ce que l'Etat moderne a éradiqué, ce n'est pas la violence ni la vengeance, mais le système vindicatoire, qui avait au moins l'avantage de les canaliser en les enserrant dans une stricte régulation d'ordre juridique». Aujourd'hui, la colère ressentie par la victime et sa famille doit trouver un exutoire dans la sanction infligée au prévenu condamné. Cela suppose toutefois que la culpabilité puisse être établie et, le cas échéant, que la sanction leur paraisse appropriée – ce qui est rarement le cas⁴⁹.

Enfin, soulignons que la procédure purement inquisitoire et répressive ne trouve pas sa source uniquement dans les limites et carences du système accusatoire et compensatoire. Il ne s'agit que d'une partie de l'explication. Si la possibilité d'agir d'office était indispensable pour éviter que certains crimes ne restassent impunis, l'interdiction de la transaction pénale et l'infliction de la sanction ont également été souhaitées d'abord par les représentants du pouvoir, afin d'asseoir celui-ci et d'assurer qu'ils en aient le monopole.

S'il faut saluer l'interdiction de la vengeance privée, nous constatons que de nombreuses victimes souffrent d'avoir été mises à l'écart du règlement d'un conflit qui les concerne au premier chef⁵⁰. Certes, la victime a la possibilité d'intervenir en procédure pénale pour y réclamer une réparation pécuniaire

47 Eg. BARTHÉLEMY (note 26).

48 NORBERT ROULAND, *Aux confins du droit, Anthropologie juridique de la modernité*, Paris 1991, p. 88.

49 NOËLLE LANGUIN et CHRISTIAN-NILS ROBERT, *Quel rôle pour la victime dans le procès pénal?*, *Plädoyer* 2008 no 3, p. 56–61, spéc. p. 58 ss.

50 LANGUIN/ROBERT (note 49), p. 60, contribution dans laquelle les auteurs ont identifié au moyen d'une étude qualitative que certaines victimes souhaitaient être entendues et reconnues.

(art. 122 à 126 CPP). Cependant, la place que lui réserve le Code de procédure pénale est mal ajustée à certains de ses besoins; et pour cause, lorsque la victime attend une reconnaissance de ses souffrances et un procès à vertus cathartiques, elle se heurte à la réalité de la justice pénale dont l'objet est, et doit rester, l'établissement de la culpabilité de l'auteur – non du mal subi par la victime.

Ces constats intermédiaires nous permettent d'appréhender avec quelque distance le système pénal que nous connaissons en droit suisse et de voir, peut-être, sous un autre jour les modes amiables de règlement des différends de nature pénale qui sont prévus non seulement en droit positif, mais également à l'étranger.

C. Le règlement consensuel des différends en droit pénal suisse: *de lege lata*

Certes, l'Etat moderne a éradiqué le système de vengeance privée et le principe universel de la composition, mais il a laissé – ou réinstauré – en procédure des possibilités pour l'auteur et la victime de régler à l'amiable leur différend de nature pénale. Le droit pénal matériel permet également, dans une certaine mesure, de valoriser une telle transaction si elle intervient de façon spontanée.

I. Dispositions procédurales

Quelques dispositions du Code de procédure pénale et de la Procédure pénale applicable aux mineurs facilitent le règlement consensuel des différends entre le prévenu et le lésé. La loi reste relativement succincte mais prévoit néanmoins trois types de processus: la conciliation pénale, la procédure simplifiée et la médiation pénale.

1. Conciliation pénale

La conciliation pénale peut être définie comme un processus de règlement consensuel des différends de nature pénale mené par le juge ou le procureur et opposant le lésé au prévenu⁵¹. Elle peut intervenir dès le début d'une procédure

51 V. également CAMILLE PERRIER, Conciliation et médiation, in: François Bohnet et André Kuhn (éds), *la Procédure pénale applicable aux mineurs*, Neuchâtel 2011, p. 103–127, p. 107 s.; CATHERINE HOHL-CHIRAZI et RITA SETHI-KARAM, En chemin vers la résolution du conflit pénal, in: Laurent Hirsch et Christophe Imhoos (éds), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève 2018, p. 7–46, p. 39; BERNHARD STRÄULI, La résolution amiable des différends en matière pénale, in: Jean Mirimanoff (éd.), *La résolution amiable*

pénale et permet le classement de celle-ci en cas d'aboutissement. En droit suisse, elle est réglementée à l'art. 316 et 332 al. 2 CPP, ainsi que, pour les mineurs, à l'art. 16 PPMIn. Cette dernière disposition se limite en réalité à poser les deux spécificités de la conciliation pénale applicable au prévenu mineur: (1) elle n'est jamais qu'une possibilité offerte au juge (qui n'est donc pas contraint de la tenter)⁵² et (2), lorsque c'est la réparation que celui-ci tente d'obtenir, la loi renvoie à l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn, non à l'art. 53 CP qui ne s'applique qu'aux délinquants adultes⁵³. Ces différences étant mineures, nous examinerons essentiellement le texte de l'art. 316 CPP.

Les deux premiers alinéas de l'art. 316 CPP traitent du champ d'application de la conciliation, c'est-à-dire (aa) les infractions poursuivies sur plainte (art. 316 al. 1 CPP) et (ab) les infractions poursuivies d'office mais pour lesquelles une exemption de peine selon les art. 53 CP et 21 al. 1 let. c DPMIn entre en ligne de compte (art. 316 al. 2 CPP). Le troisième alinéa envisage les conséquences pour ces deux types d'infractions lorsque la conciliation aboutit et le quatrième la suite à donner à la procédure si tel n'est pas le cas. La procédure de conciliation elle-même n'est que très brièvement abordée.

a. Champ d'application matériel et temporel

aa. Infractions poursuivies sur plainte

La conciliation pénale concerne essentiellement les infractions poursuivies sur plainte, visées par l'art. 316 al. 1 CPP. En effet, en cas d'accord, le lésé retire sa plainte et l'infraction en question est classée en application de l'art. 319 al. 1 let. d CPP⁵⁴. Contrairement à ce qu'indique le texte légal, le ministère public peut tenter la conciliation également lorsque la procédure ne concerne pas «exclusivement» des infractions poursuivies sur plainte. Seul le texte français de l'art. 316 al. 1 CPP fait mention de cet adverbe, de sorte que le Tribunal fédéral a confirmé que la tentative de conciliation était licite lorsque la procédure visait également des infractions poursuivies d'office⁵⁵.

On rappelle brièvement que la nécessité d'une plainte concerne une quarantaine d'infractions du Code pénal, soit:

des différends en Suisse, Berne 2016, p. 99–144, p. 101 ss (qui ne définit toutefois pas ce processus spécifiquement).

52 Contrairement à ce que semble indiquer le texte légal applicable aux adultes, soit l'art. 316 al. 2 CPP, qui impose au procureur de tenter la conciliation lorsqu'une exemption de peine au titre de réparation est envisageable. Cette obligation nous paraît cependant toute relative (v. infra, paragraphe a/ab).

53 AURELIEN STETTLER, art. 16 PPMIn N 84, in: Nicolas Quéloz (éd.), Co DPMIn-PPMIn, Genève/Zurich 2018.

54 En effet, le retrait de la plainte pénale implique qu'une condition de l'ouverture de l'action pénale n'est plus réalisée, situation spécifiquement visée à l'art. 319 al. 1 let. d CPP.

55 ATF 140 IV 118 c. 3 (fr.). Cet adverbe sera très vraisemblablement supprimé du texte légal lors de la prochaine modification du CPP, dont le projet peut être consulté à la FF 2019 6437.

- les lésions corporelles simples et les voies de fait⁵⁶ (art. 123, 125 et 126 CP);
- les infractions contre le patrimoine de faible gravité ou intervenues au préjudice de proches ou de familiers (art. 137 ch. 2, 138 ch. 1 al. 3, 139 ch. 4, 141, 141^{bis}, 142 al. 1, 143 al. 2, 143^{bis} al. 1, 144 al. 1, 144^{bis} ch. 1, 145, 146 al. 3, 147 al. 3, 149 à 151, 158 ch. 3, 162, 165 ch. 2, 172^{ter} CP);
- toutes les infractions contre l'honneur (art. 173 à 178 CP) et la quasi-totalité des infractions contre le domaine secret⁵⁷ (art. 179 à 179^{novies} CP);
- les menaces (art. 180 al. 1 CP, sauf en cas de violences domestiques) et la violation de domicile (art. 186 CP);
- l'exhibitionnisme (art. 194 al. 1 CP) et les contraventions contre l'intégrité sexuelle (art. 198 CP);
- la violation d'une contribution d'entretien (art. 217 CP) et l'enlèvement de mineur (art. 220 CP);
- la suppression de titres commise au préjudice de proches ou de familiers (art. 254 al. 2 CP);
- la corruption privée (active et passive) de faible gravité (art. 322^{octies} al. 2 et 322^{novies} al. 2 CP) et enfin:
- la violation du droit du bail (art. 325^{bis} CP).

Il s'agit donc, en général, d'infractions qui concernent exclusivement des intérêts privés et qui, en outre, peuvent être qualifiées de violations de gravité moyenne à faible de ces intérêts. En pareil cas, il appert que la mise en œuvre de la poursuite pénale, puis l'infliction d'une sanction ne doit intervenir qu'à défaut d'accord, raison pour laquelle le Conseil fédéral indiquait dans le Message relatif au CPP que le ministère public *devait* en principe faire usage de cette possibilité, à moins qu'une réconciliation ne semble d'emblée exclue⁵⁸.

bb. Infractions auxquelles l'art. 53 CP serait applicable

Les infractions poursuivies d'office peuvent également faire l'objet d'une conciliation. De par sa rédaction au présent de l'indicatif, l'art. 316 al. 2 CPP semble obliger le ministère public à citer les parties à une audience de conciliation «si une exemption de peine au titre de réparation selon l'art. 53 CP entre en ligne de compte». Or, l'exemption selon l'art. 53 CP suppose la réalisation de conditions laissant au magistrat conciliateur une importante marge d'appréciation⁵⁹. Il faut en effet que [a] la peine qu'il envisage lui-même soit inférieure à un an de peine privative de liberté et puisse le cas échéant être assortie du sursis;

56 Sauf lorsqu'il s'agit de violence domestique (art. 123 ch. 2 CP et 126 al. 2 CP).

57 La seule exception est la mise en circulation et réclame en faveur d'appareils d'écoute, de prise de son et de prise de vues visée par l'art. 179^{sexies} CP.

58 Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057, 1251.

59 Dans le même sens, BSK StPO-M. RIEDO, art. 316 N 11; ALAIN MACALUSO, L'application de l'art. 53 CP par le Ministère public et sa portée transnationale, in: Daniel Jositsch, Christian Schwarzenegger et Wolfgang Wohlers (éds): Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich 2017, p. 121–135, p. 124.

[b] l'intérêt public et celui du lésé à poursuivre soient de peu d'importance; et [c] l'auteur ait admis sa participation aux faits déterminants)⁶⁰. Il nous semble donc malaisé de déterminer dans quels cas l'obligation est effective et encore moins d'en faire examiner une éventuelle violation. Quoi qu'il en soit, le ministère public devrait tenter la conciliation lorsque la réparation selon l'art. 53 CP est envisageable et qu'en outre, les autres conditions pourraient être réalisées à l'issue de la conciliation, une fois que l'auteur aura réalisé les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour réparer le tort causé⁶¹.

Ici également, le but recherché par le législateur est de réserver la conciliation aux cas de faible gravité; les conditions de l'art. 53 let. a et b CP, qui viennent d'être modifiées pour en restreindre le champ d'application⁶², ont précisément pour but d'exclure les infractions graves, pour lesquelles on considère qu'une sanction est indispensable et, partant, qu'une conciliation est exclue.

cc. Autorités pénales saisies et procédure pénale pendante

La conciliation pénale peut intervenir, à notre sens, avant même l'ouverture de la procédure préliminaire. En effet, le ministère public peut, à réception d'une plainte et dans le cadre des investigations préalables à l'ouverture de l'instruction (v. art. 309 al. 1 let. a CPP), inviter⁶³ le plaignant et la personne visée dans la plainte afin de déterminer non seulement s'il y a lieu d'ouvrir une instruction mais également s'il est possible de concilier les parties. La conciliation est ensuite possible en procédure préliminaire, après l'ouverture formelle d'une procédure pénale. Ensuite, le juge de première instance peut encore la tenter (art. 332 al. 2 CPP), de même que l'autorité d'appel (l'art. 405 al. 1 renvoi en effet à l'art. 332 CPP)⁶⁴.

60 Sur ces conditions dans le détail, v. CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, art. 316 CPP N 11 ss.

61 En effet, selon la conception avancée ici, le prévenu ne devrait reconnaître les faits (condition de l'art. 53 let. c CP) qu'en procédure de conciliation et non au préalable. En outre, la réalisation des conditions relatives à la peine envisagée et à l'intérêt public et privé à la poursuite sera influencée par l'attitude du prévenu en procédure et *a fortiori* par une réparation obtenue en conciliation. Pour un argumentaire plus détaillé, v. PERRIER DEPEURSINGE (note 60), N 12 à 15b.

62 Modification entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019, RO 2018 1809. Sur la modification, v. les débats parlementaires BO 2018 N 1472: «[L'] objectif est de mettre fin à l'impression que les personnes solvables ont les moyens de monnayer leur sanction, impression dont découle un sentiment d'impunité. En revanche, et selon le souhait clair de la majorité de la commission, la possibilité pour la petite délinquance d'accéder à une exemption de peine en cas de réparation demeure, car elle valorise la réparation du tort par l'auteur, dans une démarche consistant à assumer la responsabilité de ses actes. Pour restreindre la portée de cet article, nous proposons donc que l'exemption de peine en cas de réparation ne s'applique que pour des peines moindres»; BO 2018 N 855 et le message, FF 2018 3881.

63 Avant l'ouverture formelle d'une procédure pénale (acte visé par l'art. 309 CPP), le ministère public ne peut pas ordonner des mesures de contrainte, telles que le mandat de comparution visé à l'art. 201 CPP. Il peut en revanche procéder à ses propres constatations, ce qui lui permet notamment de demander à la personne mise en cause une prise de position (TF, arrêts non publiés 6B_1365/2017 du 27 juin 2018, c. 3.3; 6B_431/2013 du 18 décembre 2013 c. 2.2).

64 PERRIER DEPEURSINGE (note 60), N 18.

Si le CPP permet l'usage de la conciliation à tous les stades de la procédure, il faut toutefois que cette loi soit applicable. La conciliation pénale suppose ainsi que l'autorité de poursuite pénale soit saisie et que la procédure ne soit pas close. Une fois la peine prononcée devenue exécutoire, la conciliation prévue par le CPP ne peut, par définition, plus intervenir.

b. Procédure

La procédure commence de manière identique, quelle que soit l'infraction pour laquelle on tente la conciliation: le ministère public ou le juge investi de la direction de la procédure cite les parties à une audience de conciliation (art. 316 al. 1 et 2 CPP). Les parties doivent comparaître personnellement et ne peuvent se contenter d'y être représentées. En effet, selon le Tribunal fédéral, la conciliation permet, par la confrontation directe, la prise en considération du point de vue de la partie adverse, ce qui devrait faciliter un accord⁶⁵. Si l'infraction visée par la conciliation est poursuivie sur plainte et que le plaignant fait défaut sans excuse (au sens de l'art. 205 al. 2 et 93 CPP), la plainte sera considérée comme retirée, quand bien même le plaignant aurait annoncé au préalable sa volonté de ne pas concilier⁶⁶. En tous les cas, si de son côté le prévenu fait défaut, la procédure pénale suit son cours sans délai (art. 316 al. 4 CPP).

La loi indique encore que la conciliation doit aboutir à un «arrangement à l'amiable» en cas d'infraction poursuivie sur plainte (art. 316 al. 1 CPP) ou à «une réparation» en cas d'infraction poursuivie d'office visée par l'art. 316 al. 2 CPP. L'arrangement devrait évidemment permettre un retrait de plainte, le cas échéant. Quant à la réparation visée, elle recouvre souvent non seulement le versement de valeurs patrimoniales au lésé, à la Collectivité publique ou à des institutions de bienfaisance⁶⁷ mais également la reconnaissance du tort causé⁶⁸. Cependant, les parties peuvent être plus créatives, et envisager d'autres formes de «prestations» en échange d'un retrait de plainte ou d'un classement (lettre d'excuses, engagement à ne plus adopter un certain comportement, reconnaissance publique du tort, restitution d'un objet, cadeau, travail en faveur de la communauté, etc.)⁶⁹. La loi n'indique pas que le lésé doive considérer la réparation comme suffisante ou l'accepter. Certes, le terme «conciliation» suppose

65 TF, arrêt non publié 6B_374/2013 du 19 septembre 2013, c. 2.4.1.

66 V. les faits de l'arrêt du TF 6B_1104/2013 du 5 juin 2014, non publiés in: ATF 140 IV 118. CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, art. 316 N 21.

67 Dans certains cas, de plusieurs millions de francs. V. le tour d'horizon des affaires, certes exceptionnelles, mais néanmoins emblématiques, des cas d'application de l'art. 53 CP par ANDREW M. GARBARSKI et JONATHAN RUTSCHMANN, La réparation selon l'article 53 du Code pénal: justice de cabinet ou disposition providentielle, RPS 134/2016, p. 171–195, p. 172 s.

68 Cette reconnaissance est désormais une condition d'application de l'art. 53 CP, sous let. c. Sur la portée de cette reconnaissance, v. MACALUSO (note 59), p. 126 ss.

69 V. ég. l'objet de la transaction envisagé par le Tribunal fédéral, TF, arrêt non publié 6B_291/2018 du 17 octobre 2018, c. 4.3.2: «Ainsi, la plainte déposée (cf. art. 316 al. 1 CPP), des prétentions en réparation du dommage ou du tort moral, peuvent sans doute faire l'objet

que les parties s'accordent, mais le Tribunal fédéral a clairement indiqué qu'il incombe au ministère public de décider si une réparation est suffisante au regard de l'art. 53 CP, et non au lésé⁷⁰. En pratique, les parties conviendront d'une forme de réparation. Si l'exécution de l'accord n'est pas immédiate, la procédure peut être suspendue en application de l'art. 314 al. 1 let. c CPP pour permettre au prévenu de s'exécuter avant que la procédure ne soit classée⁷¹.

Entre la citation à comparaître et l'objectif de la conciliation, la loi ne donne pas d'indication sur la marche à suivre par le magistrat conciliateur. En particulier, le CPP n'impose pas (contrairement à ce qui prévaut en droit civil, v. art. 205 CPC) que les débats de conciliation soient confidentiels. En outre, l'autorité de conciliation est (ou peut-être, suivant la réglementation d'application prévue en droit cantonal) celle qui est appelée à trancher en cas d'échec de la conciliation⁷². Quant à la conduite de la procédure de conciliation elle-même, le procureur ou juge de première instance dirige les échanges et, fréquemment en pratique, suggère des pistes d'accord⁷³. Sauf exceptions et bien que la loi n'interdise pas la tenue de plusieurs audiences, la procédure de conciliation se tient très majoritairement en une seule audience.

c. *Conséquences*

aa. Conciliation aboutie

Selon l'art. 316 al. 3 CPP, lorsque la conciliation aboutit, le procès-verbal doit le mentionner. La seconde phrase de cet alinéa précise que «[l]e ministère public classe alors la procédure».

La conséquence est cohérente en cas de retrait de plainte, lorsque la conciliation est tentée en application de l'art. 316 al. 1 CPP. Quel que soit le stade de la procédure, le retrait de la plainte consacre un empêchement de procéder de

d'un tel accord. On ne peut, non plus, exclure qu'une partie fasse, comme en l'espèce, une déclaration, reconnaisse sa responsabilité ou présente des excuses».

70 Selon les termes de l'ATF 136 IV 41 c. 1.2.2: «Der Gesetzestext setzt nicht voraus, dass die geschädigte Person der Wiedergutmachung zustimmt. Im Idealfall wird das eintreffen. Wenn andererseits die Geschädigte die Wiedergutmachung nicht akzeptiert, ist dies kein Beweis für den fehlenden Ausgleich des bewirkten Unrechts».

71 HOHL-CHIRAZI/SETHI-KARAM (note 51), p. 41.

72 Cela n'est pas toujours le cas en droit civil en fonction du droit cantonal: v. l'art. 41 al. 1 du Code de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ, RSV 211.02); l'art. 60 al. 2 de la Loi sur la Justice fribourgeoise prévoit que le magistrat soit différent si une partie le demande (LJ, RSF 130.1); la règle s'inverse en droit neuchâtelois, qui prévoit que le juge de première instance soit forcément un autre que celui de la conciliation, à moins que les deux parties ne demandent qu'il soit identique: art. 15 al. 2 de la Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN, RSN 161.1); art. 3 al. 1 let. a et 4 al. 1 de la Loi d'application du code de procédure civile suisse valaisanne (LACPC, RS VS 270.1).

73 JEAN A. MIRIMANOFF (direction), MARTINE BECKER, CINTHIA LEVY, FEDERICA OUDIN, ANNE-SOPHIE SCHUMACHER et CORALIE SMETS-GARY, Dictionnaire de la résolution amiable des différends, Bruxelles 2015, p. 82 ss.

sorte que l'infraction en question ne peut plus être poursuivie ni jugée (art. 319 al. 1 let. d CPP ou, en phase de jugement, art. 329 al. 4 CPP)⁷⁴.

En cas d'infractions poursuivies d'office et pour lesquelles la réparation survenue en conciliation permet d'aboutir à un accord, la question est plus délicate. En procédure préliminaire, l'ordonnance de classement s'impose, en application de l'art. 8 al. 1 et 4 CPP. En outre, l'art. 316 al. 3 CPP statue clairement que le ministère public doit classer la procédure. Qu'en est-il du juge après la mise en accusation, en procédure de première instance ou en appel? Selon la jurisprudence, lorsque les conditions de l'art. 53 CP ne sont réunies que devant l'instance de jugement, cette dernière doit, sauf cas exceptionnels, reconnaître l'auteur coupable et l'exempter de peine – le classement étant exclu à ce stade de la procédure en application de l'art. 329 al. 4 CPP⁷⁵. Le TF considère en effet que l'art. 8 al. 1 et 4 CPP n'est pas applicable au-delà de la procédure préliminaire⁷⁶. Cette jurisprudence ne s'est cependant jamais appliquée lorsque la réparation intervient à la suite d'une conciliation. En pareil cas, le CPP semble imposer une décision de classement en application de l'art. 316 al. 3, par renvoi des art. 332 al. 2 et 405 al. 1 CPP. Sans voir une contradiction entre la lettre de la loi et sa jurisprudence, le TF a, dans un arrêt non publié, indiqué que «la conciliation est régie par les mêmes dispositions devant l'autorité de jugement et devant l'autorité d'instruction», tout en soulignant dans le même considérant que le classement après conciliation, *in casu* intervenu devant le juge, a force de chose jugée⁷⁷. Dans cette affaire, le classement en question faisait suite à un retrait de plainte, sans qu'il ne soit indiqué dans l'état de fait si la procédure portait également sur des infractions poursuivies d'office⁷⁸. Dans le prolongement de cet arrêt et à notre sens, même si l'art. 316 al. 3 CPP semble ne s'adresser qu'au ministère public, l'autorité de jugement devrait avoir la possibilité de rendre une ordonnance de classement également⁷⁹. Les art. 332 al. 2 et 405 al. 1 CPP, qui renvoient à l'art. 316 al. 3 CPP, constituent une base légale suffisante à cet égard – base légale qui faisait défaut selon le TF dans l'ATF 139 IV 220. En outre, la conciliation sera vraisemblablement tentée en début de pro-

74 CR CPP-WINZAP, art. 329 N 6.

75 ATF 139 IV 220, JdT 2014 IV 94. Cette solution a été critiquée à notre sens à juste titre en doctrine, notamment en lien avec l'argumentation peu convaincante du Tribunal fédéral au regard du contenu des travaux préparatoires, lesquels ne semblent nullement exclure le classement (v. GARBARSKI/RUTSCHMANN [note 67], p. 183). Ces auteurs soulignent que le classement en opportunité devrait être autorisé devant les tribunaux vu les objectifs visés par l'art. 8 CPP et dans l'intérêt d'une saine administration de la justice.

76 ATF 139 IV 220, c. 3.4.3 à 3.4.7, JdT 2014 IV 94.

77 TF, arrêt non publié 6B_291/2018 du 17 octobre 2018 c. 4.1.

78 Il s'agissait d'une procédure ouverte en 2013 contre un époux et père pour allégations de violence domestique et, contre la dénonciatrice (épouse et mère) probablement pour dénonciation calomnieuse (infraction poursuivie d'office) – mais cela ne ressort pas expressément de l'état de fait. La dénonciatrice avait reconnu devant le juge de police la fausseté de ses allégations et le prévenu-plaignant avait retiré sa plainte.

79 Dans le même sens, GARBARSKI/RUTSCHMANN (note 67), p. 181 ss; STRÄULI (note 51), p. 113.

cédure, de sorte que le classement éviterait au tribunal une administration des preuves et une motivation du jugement complètes. En effet, si le tribunal doit statuer sur l'accusation, les débats doivent être menés à leur terme. Bien que l'art. 53 let. c CP suppose que le prévenu ait reconnu les faits, cela ne dispense pas le tribunal de rechercher la vérité (art. 139 al. 1 et 160 CPP) et ne suppose pas non plus une reconnaissance de culpabilité⁸⁰. Il est bien des cas dans lesquels le prévenu, par gain de paix, peut reconnaître sa participation aux faits déterminants tout en niant avoir commis une infraction⁸¹.

Pour toutes ces raisons, la conclusion logique d'une conciliation aboutie doit rester le classement, quel que soit le stade de la procédure ou la nature des infractions dont elle est l'objet (poursuivies d'office ou sur plainte). Le Tribunal fédéral n'a toutefois jamais formellement tranché cette question.

L'accord survenu entre parties met ainsi un terme à la procédure pénale. Le classement entré en force est assimilé à un acquittement (art. 320 al. 4 CPP), de sorte qu'une nouvelle procédure à raison des mêmes faits est formellement exclue⁸², hors du cadre restreint de la reprise de la procédure préliminaire (art. 323 CPP), qui suppose des moyens de preuves ou faits nouveaux qui ne ressortent pas du dossier antérieur. En outre et par analogie avec les règles développées en procédure simplifiée, une procédure pénale ne saurait être à nouveau ouverte concernant des faits sur lesquels les parties se sont entendues, à moins que l'accord ne soit le résultat d'une infraction⁸³.

En cas de retrait de plainte du plaignant en conciliation, les frais de procédure sont laissés à la charge de l'Etat (art. 427 al. 3 CPP). Si la conciliation porte sur une infraction poursuivie d'office, il faut à notre sens distinguer. Si le prévenu reconnaît avoir commis une faute et un acte illicite, sinon pénal, les frais de la procédure peuvent être mis à sa charge même s'il bénéficie d'un classement, en application de l'art. 426 al. 2 CPP. En revanche, lorsque le comportement illicite n'est pas établi, ils devront être laissés à la charge de l'Etat (art. 423 al. CPP). Le Tribunal fédéral est moins nuancé, puisque, se référant au texte de l'art. 53 CP (l'auteur doit «réparer le dommage» ou «compenser le tort»), il laisse entendre que l'art. 426 al. 2 CPP s'appliquerait de façon systématique en pareil cas⁸⁴. Nous ne partageons pas cette opinion, puisque l'on peut causer du tort sans nécessairement commettre un acte illicite et fautif.

80 CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, art. 316 N 15b.

81 On peut songer par exemple à un gérant de fortune accusé de gestion déloyale pour des placements spéculatifs à risque, sortant par hypothèse du cadre du mandat de gestion confié par son client. Si ce dernier se plaint de pertes après avoir toléré une année ou deux que lesdits placements lui rapportent des bénéfices, le gérant ou son employeur peuvent admettre une part des torts, rembourser les pertes mais non admettre la commission d'un crime.

82 TF, arrêt non publié 6B_291/2018 du 17 octobre 2018 c. 4.1.

83 V. ATF 143 IV 122.

84 ATF 144 IV 202 c. 2.3: «[les art. 52 à 54 CP reposent] donc sur la prémisse selon laquelle l'auteur a commis un acte illicite, pour lequel il porte une part de culpabilité (cf. art. 52 CP), ou par lequel il a causé une «atteinte» (cf. art. 54 CP), un «dommage» ou un «tort» (cf. art. 53 CP). A

bb. Echech de la conciliation

En cas d'échec de la conciliation, soit que les parties ne parviennent pas à un accord, soit que le prévenu fasse défaut à l'audience, la procédure préliminaire suit son cours sans délai (art. 316 al. 4 CPP). L'échec de la conciliation en procédure préliminaire n'empêche cependant pas l'autorité de première instance ou d'appel de tenter à nouveau une conciliation⁸⁵.

Aucune disposition légale n'interdit l'utilisation dans la procédure ultérieure des déclarations que les parties auraient pu faire dans l'optique d'une transaction pénale. Certes, le procès-verbal d'audience ne mentionnera pas le contenu des déclarations⁸⁶, mais, et de façon regrettable, le code n'empêche pas les autorités de tenir compte de ce qu'elles ont entendu en conciliation – alors qu'une telle règle est précisément prévue à l'art. 362 al. 4 CPP, qui rend inexploitable les déclarations faites par les parties dans la perspective de la procédure simplifiée. Cette disposition devrait à notre sens être appliquée par analogie à la procédure de conciliation.

En cas d'échec, les frais de la conciliation suivent le sort des frais de la procédure; c'est-à-dire qu'ils seront supportés par le prévenu en cas de condamnation (art. 426 al. 1 CPP), à moins que l'autorité ne les mette à la charge de la partie plaignante en application de l'art. 417 CPP si elle ne s'est pas présentée (et que l'infraction est poursuivie d'office)⁸⁷. En cas de classement ou d'acquiescement, ils seront supportés par le prévenu si l'art. 426 al. 2 CPP est applicable, soit lorsque son comportement est fautif et contraire à une règle juridique, en lien de causalité avec l'ouverture de la procédure⁸⁸. Il se peut également que la partie plaignante ait à en supporter une partie en application de l'art. 427 al. 2 CPP (soit si le prévenu n'est pas astreint au paiement des frais en application de l'art. 426 al. 2 CPP et que la procédure concerne des infractions poursuivies sur plainte).

cet égard, la loi prévoit certes que le ministère public et les tribunaux rendent, le cas échéant, une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement (cf. art. 8 al. 4 CPP). [...] Néanmoins, compte tenu de l'acte illicite nécessairement commis et en dépit duquel une non-entrée en matière ou un classement est prononcé, une mise à sa charge des frais s'avère en tous les cas justifiée».

85 STRÄULI (note 51), p. 114 et les références citées.

86 A moins que cela ne fasse l'objet d'un accord exprès en ce sens, v. TF, arrêt non publié 6B_291/2018 du 17 octobre 2018, c. 4.3.2.

87 En effet, si les infractions sont poursuivies sur plainte et que la partie plaignante ne se présente pas, la plainte est considérée comme retirée et la procédure classée.

88 ATF 144 IV 202 c. 2.2; TF, arrêts non publiés 6B_1247/2015 du 15 avril 2016 c. 1.3; 6B_229/2013 du 4 juillet 2013 c. 1.3.

2. Procédure simplifiée

Prévue par les art. 358 à 362 CPP, la procédure simplifiée permet au prévenu, à la partie plaignante et au ministère public de trouver un accord sur le contenu de l'acte d'accusation (en particulier faits, sanctions et prétentions civiles). Si les conditions de la procédure sont respectées, l'acte d'accusation est présenté au tribunal de première instance qui, après un examen sommaire, en confirme le contenu pour l'assimiler à un jugement (art. 362 al. 2 CPP).

Le champ d'application de la procédure est large, puisqu'il concerne toutes les affaires où le ministère public requiert une peine inférieure ou égale à 5 ans de privation de liberté (art. 358 al. 2 CPP). La procédure simplifiée concerne donc potentiellement la quasi-totalité des affaires portées à la connaissance des autorités pénales. En effet, si l'on s'en tient aux statistiques concernant les condamnations pénales d'adultes pour crimes ou délits, sur les 107 030 jugements entrés en force en 2018 dans toute la Suisse, seuls 151 comportaient une condamnation égale ou supérieure à 5 ans de privation de liberté⁸⁹. Notons toutefois que la procédure simplifiée est exclue lorsque le prévenu est mineur (art. 3 al. 2 let. d PPMIn).

La procédure est en principe initiée par le prévenu, qui fait la demande d'ouverture de la procédure simplifiée s'il est prêt à reconnaître les faits déterminants pour l'appréciation juridique (art. 358 al. 1 CPP). A l'égard de la partie plaignante, le prévenu doit reconnaître, au stade de l'ouverture de la procédure, «le principe» de ses prétentions civiles, c'est-à-dire le fait qu'il lui doit réparation, non le montant de celle-ci. La demande est librement acceptée ou refusée par le ministère public, dont la décision n'est pas sujette à recours (art. 359 al. 1 CPP).

Si le ministère public admet l'exécution de la procédure simplifiée, il notifie sa décision aux parties et, le cas échéant, fixe à la partie plaignante un délai de dix jours pour annoncer et chiffrer ses prétentions (soit non seulement ses prétentions civiles au sens des art. 122 ss CPP mais également les indemnités au sens de l'art. 433 CPP; art. 359 al. 2 CPP).

Le code ne pose pas de cadre aux transactions⁹⁰. Le prévenu peut ainsi reconnaître une partie seulement des faits, quand bien même ils ne correspondraient ni à la réalité ni même aux faits retenus dans un jugement postérieur⁹¹.

89 Office fédéral de la statistique, Tableau «Adultes: Condamnations pour un crime ou un délit, selon le type et la durée de la peine principale, Suisse et cantons», version du 11 juillet 2019. Pour les trois années précédant 2018, ce chiffre est autour de 200.

90 V. les critiques émises à juste titre à cet égard par NILS STÖHNER, *Abgekürzte Rechtsstaatlichkeit – Überlegungen zum abgekürzten Verfahren gemäss Art. 358–362 StPO*, *forumpoenale* 3/2015, p. 168–175, p. 168 ss.

91 ATF 144 IV 121 c. 1.3, JdT 2008 IV 327; ATF 143 IV 122 c. 3.2.4. Pour une critique particulièrement pertinente de ces arrêts, v. YVAN JEANNERET, *Révision et procédure simplifiée: la contractualisation du droit pénal aux dépens de la vérité judiciaire*, RPS 137/2019, p. 245–266, p. 245 ss.

La seule cautèle est l'adéquation de sa déposition avec le dossier, qui fera l'objet d'une vérification sommaire par le tribunal de première instance (art. 361 al. 2 let. b et 362 al. 1 let. b CPP). En échange de son aveu, même partiel, le prévenu peut espérer une sanction moins sévère et, en tous les cas, une procédure plus rapide et plus discrète que la procédure ordinaire.

L'acte d'accusation doit être expressément accepté par le prévenu et, au moins tacitement, par la partie plaignante (art. 360 al. 2 et 3 CPP). En cas de rejet de l'une des parties, la procédure simplifiée s'arrête et le ministère public engage une procédure préliminaire ordinaire (art. 360 al. 5 CPP). En ce sens, il faut donc que prévenu et lésé s'accordent sur le contenu de l'acte d'accusation.

La partie plaignante dispose ainsi, dans une telle procédure, d'une sorte de droit de veto – et ainsi d'un levier puissant. Si le prévenu veut pouvoir bénéficier de la procédure simplifiée et des avantages qu'elle promet, il doit se soumettre aux exigences de la partie plaignante, qui peut ainsi «gonfler» ses prétentions⁹². Il se peut également que la partie plaignante ait des velléités quant à la quotité de la sanction. La question relative à la portée de l'accord de la partie plaignante sur la sanction convenue entre prévenu et procureur est controversée⁹³. Dans les dispositions sur les voies de recours, l'art. 382 al. 2 CPP précise que la partie plaignante n'a pas d'intérêt juridique à recourir à l'égard de la quotité de la peine ou la mesure. Cependant, les art. 358 à 362 CPP ne nous semblent pas permettre au ministère public de ne considérer un refus que s'il porte sur un point ou un autre, sous réserve d'un abus de droit manifeste. En outre, le code n'impose pas au plaignant de motiver son rejet de l'acte d'accusation. Enfin, les parties renoncent aux voies de recours en procédure simplifiée, de sorte que l'art. 382 CPP est de toute manière inapplicable. Le Tribunal pénal fédéral a une fois confirmé un acte d'accusation établi en procédure simplifiée malgré le refus du lésé, parce que ce refus n'avait trait qu'à la quotité de la peine⁹⁴. On doit néanmoins admettre, avec une partie de la doctrine, que l'accord de la partie plaignante doit porter sur l'entier de l'acte d'accusation⁹⁵.

Dans la mesure où la partie plaignante peut ainsi faire échouer l'entier du processus, le prévenu devrait commencer par s'assurer de son accord en commençant, dans une première étape, par transiger les prétentions civiles et procédurales. Ensuite seulement, le prévenu pourra négocier les faits et la peine avec

92 CR CPP-PERRIN/DE PREUX, art. 360 N 25.

93 STOHNER (note 90), p. 171 s.

94 TPF, SK.2011.20 du 14 octobre 2011.

95 CR CPP-PERRIN/DE PREUX, art. 360 N 25. *Contra*, en raison de la portée de l'art. 382 al. 2 CPP: MORITZ OEHEN, *Der Strafläger im Strafbefehls und im abgekürzten Verfahren*, thèse Lucerne 2019, Berlin/Berne, p. 134 ss ainsi que les nombreuses références citées dans la note 761, en particulier: YVAN JEANNERET, *La partie plaignante et l'action civile RPS 3/2010*, p. 297–317, p. 311. A noter que MAZOU est également de cet avis, et doute de la possibilité pour la partie plaignante de s'opposer même à la qualification juridique de l'infraction (MIRIAM MAZOU, *La procédure simplifiée dans le nouveau Code de procédure pénale: principes et difficultés RPS 1/2011*, p. 1–21, p. 14).

le ministère public⁹⁶. Certes, la partie plaignante pourrait toujours par la suite rejeter l'acte d'accusation négocié, mais elle perdrait ainsi également le bénéfice de la transaction intervenue sur ses prétentions, ce qui devrait la décourager de rendre caducs tous les accords intervenus entre le procureur et le prévenu.

Ajoutons enfin que le procureur ne s'immisce pas (ou rarement), en pratique, dans les négociations qui interviennent entre le prévenu et le lésé; les parties négocient le plus souvent en pareil cas par l'intermédiaire de leur avocat, le cas échéant.

Les dispositions concernant la procédure simplifiée mettent donc en place une forme de négociation à deux niveaux. Prévenu et partie plaignante peuvent s'accorder seuls sur le montant des prétentions civiles et des dépens, soit les aspects purement privés du conflit pénal. En revanche, les questions de l'établissement des faits, de l'infraction retenue et de ses conséquences (sanctions, modalités d'exécution, conséquences accessoires du jugement, frais de procédure, etc.) doivent, à notre avis, être approuvées par le prévenu, la partie plaignante et le ministère public⁹⁷.

3. *Médiation pénale*

La médiation pénale n'est pas prévue en droit pénal des adultes⁹⁸, mais uniquement dans la Procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin)⁹⁹. Il s'agit d'un processus qui permet un échange, voire une (ou plusieurs) rencontre(s), entre le lésé d'une infraction pénale et l'auteur direct de cette infraction¹⁰⁰. L'échange est encadré par un médiateur (ou facilitateur) impartial¹⁰¹, extérieur au conflit et indépendant de l'appareil judiciaire¹⁰². La définition du Conseil de l'Europe précise encore que la médiation pénale suppose le consentement libre des parties et leur participation active afin de trouver une solution aux difficultés résultant du délit¹⁰³.

96 Dans le même sens, CR CPP-PERRIN/DE PREUX, art. 360 N 25.

97 Dans le même sens, voir cet arrêt publié par l'Obergericht du Canton de Thurgovie, SW.2018.70 du 9 août 2018, RBOG 2018 p. 220.

98 Nous ne reviendrons pas en détail sur l'échec de son introduction dans le Code de procédure pénale suisse (art. 317 P-CPP) et les motifs de ce rejet, la question ayant déjà été abondamment commentée, v. PERRIER (note 8), p. 195 ss; v. ég. CATHERINE FALLER, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse: de son introduction à sa suppression RPS 127/2009 p. 18–39.

99 Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (Procédure pénale applicable aux mineurs, PPMin), RS 312.1.

100 Pour une définition complète v. PERRIER (note 8), p. 57 ss. V. ég. HOLH-CHIRAZI/SETHI KARAM (note 51), p. 37 ss.

101 Certains médiateurs parlent volontiers de «*multipartialité*» en ce sens qu'ils soutiennent de façon égale la victime et l'auteur de l'infraction.

102 ANDRÉ KUHN, La médiation pénale, JdT 2002 I p. 99–109, p. 100.

103 V. la Recommandation N° R (99) 19 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 15 septembre 1999 sur la médiation en matière pénale, avant pt. 1.

a. *Champ d'application matériel et temporel*

A teneur de l'art. 17 al. 1 PPMin, «l'autorité d'instruction et les tribunaux peuvent en tout temps suspendre la procédure et charger une organisation ou une personne compétente dans le domaine de la médiation d'engager une procédure de médiation».

Pour que le processus puisse être envisagé, deux conditions cumulatives¹⁰⁴ doivent être remplies: il n'est pas nécessaire d'ordonner des mesures de protection (art. 17 al. 1 let. a) et il n'est pas possible de classer immédiatement la procédure en application de l'art. 21 al. 1 DPMIn¹⁰⁵ (art. 17 al. 1 let. b PPMin). La première de ces conditions consacre le but de protection du DPMIn; en effet, si la médiation aboutit, la procédure est classée, de sorte qu'il ne sera pas possible au juge d'ordonner des mesures visant à protéger le mineur¹⁰⁶. Quant à la seconde condition, elle cherche à éviter toute forme d'intervention pénale, et même de médiation, lorsque les conditions d'une exemption de peine sont réalisées à ce stade de la procédure déjà. Suivant le texte de l'art. 21 al. 1 DPMIn, tel est le cas en substance lorsque l'intérêt public à punir est faible et, notamment, que le mineur a été durement atteint par les conséquences de son acte, que ces conséquences sont de faible importance, qu'il a déjà été suffisamment puni par les personnes qui en sont responsables ou encore qu'il a déjà lui-même réparé le dommage¹⁰⁷.

La loi ne restreint pas davantage le recours à la médiation. Le juge ou le procureur décide ainsi librement si les conditions en sont réunies et si, en outre, il considère que l'affaire se prête à un tel processus. Les parties peuvent certes demander au magistrat d'y avoir recours, mais elles n'y ont pas droit.

Concernant le stade de la procédure, il est incontesté que la médiation est possible, selon le texte de l'art. 17 al. 1 PPMin, «en tout temps» de la procédure pénale, soit dès la saisie des autorités pénales et jusqu'au jugement d'appel. Nous considérons qu'elle est possible même ultérieurement, en exécution de peine, mais que la conséquence prévue par la loi (le classement de la procédure selon l'art. 17 al. 2 PPMin) est inapplicable en pareil cas¹⁰⁸.

104 AURELIEN STETTLER, art. 17 PPMIn N 97, in: Nicolas Queloz (éd.), Co DPMIn – PPMIn, Genève/Zurich, 2018.

105 Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, DPMIn), RS 311.1.

106 STETTLER (note 104), N 99; STRÄULI (note 51), p. 134 s.

107 Pour autant, en pareil cas, que les autres conditions de l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn soient réalisées, c'est-à-dire que le mineur ait admis les faits, que la réprimande soit la seule peine envisagée et que les intérêts du lésé à la poursuite soient de peu d'importance.

108 PERRIER (note 51), p. 114 et 120 s.; PERRIER (note 8), p. 216 et 262 s. Dans le même sens: FLORENCE PASTORE: La médiation en matière pénale, in: Jean A. Mirimanoff (éd.), La médiation dans l'ordre juridique suisse, une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Bâle 2011, p. 149–190, p. 174. *Contra*, en raison du texte de l'art. 17 al. 2 PPMIn: STRÄULI (note 51), p. 136; STETTLER (note 104), N 102 note 20.

b. Procédure

La loi ne décrit en rien le processus de médiation pénale. La mise en œuvre de l'art. 17 PPMIn dépend ainsi beaucoup des législateurs cantonaux¹⁰⁹ ainsi que du bon vouloir des autorités pénales¹¹⁰. La majorité des cantons romands¹¹¹ ont légiféré autour de la médiation pénale, en particulier sur la profession de médiateur et sur le sort des frais de la médiation. Dans certains cas, les lois cantonales portent sur la procédure de transmission du dossier et sur le retour de celui-ci (ce qui est remis au médiateur et ce que le médiateur peut communiquer)¹¹². Cependant, de nombreux cantons alémaniques n'ont pas du tout légiféré pour mettre en œuvre la médiation pénale¹¹³. En particulier, ils n'ont pas désigné qui était «l'organisation ou la personne compétente en matière de médiation» visée par l'art. 17 PPMIn, de sorte que les autorités pénales ne peuvent, de fait, pas y avoir recours.

En pratique, s'il peut et souhaite y avoir recours, le magistrat transmet le dossier à un médiateur (désigné par le droit cantonal, le cas échéant), lequel prend ensuite contact avec les parties. Sauf exception, le médiateur procède d'abord à des entretiens préliminaires avec chacune des parties individuellement, afin d'expliquer ce qu'implique la médiation et son déroulement. Le médiateur s'assure que les parties acceptent de participer et qu'elles pourront le faire de manière constructive. Il leur indique qu'elles peuvent à tout moment y mettre un terme. Au cours de ces entretiens, le médiateur prépare les parties; il demande à celles-ci ce qu'elles attendent du processus, ce qu'elles veulent y dire ou y entendre, tout en les prévenant des risques qui y sont liés (déceptions des attentes notamment), en soulignant les besoins éventuels de suivi thérapeutique¹¹⁴.

Ensuite, le médiateur procédera à la médiation proprement dite. Celle-ci commence par une phase d'écoute, au cours de laquelle le médiateur aide les parties à exprimer leur ressenti, leurs besoins, leurs intérêts, enfin ce qu'elles attendent de l'issue de la médiation. Le médiateur fait ensuite la synthèse de ce qui a été dit et tente de permettre aux parties de se mettre d'accord sur une défi-

109 En effet, le droit fédéral ne dit rien des qualités requises du médiateur, du processus de transmission des dossiers, du sort des frais, des conséquences d'un accord de médiation qui n'aurait pas été respecté, des informations que le médiateur peut ou ne peut pas transmettre aux autorités pénales, etc. PERRIER (note 8), p. 216.

110 PERRIER (note 8), p. 217.

111 Notamment, Règlement vaudois sur la médiation dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs (RMPPM-VD, RSV 312.05.5), Ordonnance fribourgeoise sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs (ROF 2010_154), arrêté neuchâtelois relatif à la médiation pénale pour les mineurs (RSN 323.2).

112 Sur l'ensemble de la question, v. PERRIER (note 8), p. 219 et suivantes.

113 Plus précisément, les cantons de Berne, Thurgovie, Bâle-Ville, Lucerne, Grisons, Schwyz, Zoug, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Intérieures, Appenzell Rhodes-Extérieures, Nidwald, Obwald et Uri.

114 PERRIER (note 51), p. 118 s.; JADE REYMOND, La médiation pénale des mineurs dans les cantons romands, Jusletter 9 septembre 2019, N 19 ss; PASTORE (note 108), p. 172.

inition commune du conflit. Enfin, les parties recherchent et proposent des solutions ou des formes de réparation, quelles qu'elles soient (travail en faveur de la communauté, engagement à suivre une thérapie, à ne pas adopter un certain comportement, à verser un certain montant, etc.). Elles choisissent enfin parmi les options imaginées et rédigent un accord¹¹⁵.

La durée d'une médiation pénale varie bien évidemment de cas en cas. Un peu plus de la moitié des médiations sont réglées en 1 à 2 séances, et un peu moins de 40 % nécessitent 3 à 5 séances. Seules 10 % des médiations pénales sont menées en plus de 5 séances. La durée totale du processus dépasse rarement trois mois; seuls 10 % des cas ont une durée de 3 à 6 mois, jamais davantage¹¹⁶.

Le contenu de l'accord devrait, dans l'idéal, être spécifique, réaliste et limité dans le temps¹¹⁷. En effet, plus l'exécution de l'accord s'inscrit dans la durée, plus la vérification du respect de ce dernier est difficile. Afin de s'assurer qu'il est exécuté conformément à la volonté des deux parties, certains médiateurs attendent qu'elles se soient acquittées de leurs obligations avant de transmettre l'accord signé, avec le dossier en retour, aux autorités pénales¹¹⁸.

A tout moment, les parties peuvent mettre un terme au processus. En pareil cas, le médiateur se borne à en constater l'échec avant de retourner le dossier au juge ou au procureur des mineurs.

c. Conséquences

La loi impose qu'en cas d'aboutissement, la procédure pénale soit classée (art. 17 al. 2 PPMin). Le magistrat n'a ainsi aucune latitude quant à la suite à donner à un accord intervenu en médiation. Sciemment, le législateur a fait de la médiation un processus «diversionnel», c'est-à-dire un moyen de renoncer à avoir recours à la justice pénale. Il ne s'agit pas d'influencer la peine mais bien d'imposer qu'en cas d'accord, on puisse renoncer à tout traitement judiciaire. La réglementation a malheureusement pour «effet secondaire» que les magistrats renoncent à *proposer* la médiation s'ils considèrent qu'il faut sanctionner l'auteur, quand bien même ce

115 PERRIER (note 51), p. 119. Sur les étapes du processus, v. ANNE-CATHERINE SALBERG et BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation, in: Jean A. Mirimanoff et Sandra Vigneron-Maggio-Aprile (éd.), La gestion des conflits: Manuel pour les praticiens, Lausanne 2008, p. 57 ss, p. 66 ss; MARK S. UMBREIT, The Handbook of Victim Offender Mediation: An essential Guide to Practice and Research, San Francisco 2001, p. 35 ss; JEAN-PIERRE BONAPÉ-SCHMITT, Les techniques de médiation en matière de médiation pénale et de quartier, in: La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Vol. 19, Zurich 1992, p. 223 ss, p. 233 ss.

116 SDM-FSM, Enquête Médiation Suisse 2014, p. 6–7. Ce sondage est disponible sur le site Internet de la Fédération suisse des Associations de Médiation (SDM-FSM), <www.mediation-ch.org> (février 2020).

117 V. STEFAN KESSEN et MARKUS TROJA, Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, in: Fritjof Haft et Katharina Schlieffen (éds), Handbuch Mediation, 2^{ème} éd., Munich 2009, p. 293 ss, p. 318.

118 REYMOND (note 114), N 29.

dernier admettrait ses torts¹¹⁹. La loi le leur interdit même, lorsqu'une mesure éducative serait indiquée (art. 17 al. 1 let. a PPMin). En pratique, on constate que l'utilisation de ce processus est en effet modérée. En plus du motif évoqué, les raisons avancées pour justifier cette réticence sont la méfiance des autorités, le coût du processus¹²⁰ ou l'absence totale de règlementation en droit cantonal¹²¹.

En cas d'échec, la procédure pénale est menée à son terme, de la même manière qu'en cas d'échec de la conciliation (cf. art. 316 al. 4 CPP). En règle générale, le médiateur transmet le dossier sans commentaire, et en particulier sans indiquer quelle partie serait à l'origine de l'échec du processus (mauvaise volonté du prévenu ou prétentions démesurées de la partie plaignante, par exemple). En effet, le médiateur est formé à la confidentialité totale du processus¹²². Cependant, la loi ne protège que très imparfaitement le secret professionnel du médiateur¹²³. Alors qu'en procédure civile, le médiateur peut refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. d CPC), le CPP ne contient pas de règle similaire. Il doit donc être considéré comme le détenteur «d'autres secrets protégés par la loi» au sens de l'art. 173 al. 2 CPP. En tant que tel, il pourrait être contraint de déposer à moins de rendre vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur la manifestation de la vérité¹²⁴, ce qu'il fera sans peine. La pratique, heureusement et à notre connaissance, respecte le secret de la médiation et ne cherche pas à connaître le contenu des échanges intervenus dans le cadre d'une médiation pénale. Cela étant, les parties elles-mêmes peuvent être tentées de divulguer le contenu des discussions. C'est pourquoi certains cantons interdisent aux parties de se prévaloir en procédure de ce qui a été dit en médiation¹²⁵, solution qui devrait à notre sens prévaloir en pratique, même si la législation ne le prévoit pas expressément.

Dans tous les cantons qui ont légiféré autour de la médiation pénale, le sort des frais de la médiation dépend de la décision du juge ou du procureur des mi-

119 REYMOND (note 114), N 43 ss.

120 En effet, dans tous les cantons qui ont réglé la question, le coût de la médiation est à la charge de l'Etat, non des parties: FALLER (note 98), p. 30 ss.

121 Tel est le cas par exemple dans le canton de Berne, dont la législation ne contient qu'une très brève mention du mot médiation en droit pénal, à l'art. 92 al. 1 de la Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (LiCPM, RSB 271.1). Dite disposition permet au ministère public de statuer sur les frais de la médiation. Pour un aperçu plus complet de l'état de la législation cantonale relative à la médiation en procédure pénale des mineurs, v. PERRIER (note 8), p. 219 et suivantes.

122 V. l'art. 4 des Règles déontologiques pour les médiatrices et médiateurs, disponibles sur le site Internet de la Fédération suisse des Associations de Médiation (SDM-FSM), <www.mediation-ch.org> (février 2020).

123 Le droit fédéral est muet sur la question en matière pénale. En revanche, certains cantons ont protégé la confidentialité du processus, soit les cantons de Vaud, Fribourg, Valais et Neuchâtel, v. PERRIER (note 8), p. 225 note 1161.

124 V. à l'égard du secret professionnel du réviseur: ATF 145 IV 273, c. 3.1 à 3.4.

125 Soit les cantons de Zurich, Vaud, Argovie, Saint-Gall, Genève, Tessin, Fribourg, Valais et Neuchâtel, v. PERRIER (note 8), p. 225 note 1164.

neurs, à l'issue de la procédure. En cas d'aboutissement, la procédure étant classée, les frais restent en principe à la charge de l'Etat (art. 423 al. 1 CPP, sous réserve de l'art. 426 al. 2 CPP). En cas d'échec, le sort des frais de la médiation dépendra de l'issue de la procédure pénale. Certains cantons ont néanmoins posé en principe la gratuité de la médiation pour les parties, quelle que soit son issue¹²⁶. A noter que, même en cas de condamnation après l'échec de la médiation, bien que les frais puissent être mis à la charge du prévenu et de ses parents (art. 44 al. 2 et 3 CPP en lien avec l'art. 426 al. 1 CPP), la pratique tend à réduire ces frais, pour éviter de charger financièrement trop lourdement le mineur¹²⁷.

II. Droit matériel

En dehors du cas des infractions poursuivies sur plainte, trois dispositions de droit pénal matériel permettent de tenir compte, dans une certaine mesure, d'un accord intervenu entre le lésé et le prévenu hors d'une procédure pénale ou en marge de celle-ci.

1. Réparation

La disposition la plus fréquemment invoquée pour tenir compte d'un accord intervenu entre prévenu et lésé est l'art. 53 CP (réparation). Son pendant en droit pénal des mineurs est l'art. 21 al. 1 let. c DPMIn. Ces deux dispositions permettent de renoncer à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant un juge ou à lui fixer une peine lorsqu'il a «réparé le dommage» ou qu'il a «accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé».

Pour être applicables, ces dispositions supposent (outre la réparation dont il sera question ci-dessous) la réalisation de trois autres conditions. Notons d'emblée qu'il incombe aux autorités pénales d'en examiner la réalisation, de sorte qu'un accord entre le lésé et l'auteur n'a pas obligatoirement pour effet d'entraîner l'application de l'art. 53 CP¹²⁸.

La première condition concerne la peine concrètement envisagée. Selon le Code pénal, elle ne doit pas dépasser un an de privation de liberté et pouvoir être assortie du sursis¹²⁹ (art. 53 let. a CP). En droit pénal des mineurs, la peine

126 Soit les cantons de Zurich, Genève, Tessin et Fribourg. V. PERRIER (note 8), p. 239 note 1257.

127 PC DPMIn PPMIn, PPMIn 1^{re} partie N 100.

128 Ces conditions donnent aux autorités un important pouvoir d'appréciation. Cependant, si les conditions sont réalisées, les conséquences liées à l'art. 53 CP (classement ou exemption de peine) sont obligatoires: v. MACALUSO (note 59), p. 124.

129 Pour autant que le sursis soit applicable. En effet, si la peine envisagée est une amende qui ne peut être assortie du sursis (art. 42 al. 4 et 105 al. 1 CP), l'art. 53 CP peut néanmoins trouver application.

ne doit pas être supérieure à une réprimande au sens de l'art. 22 DPMIn (art. 21 al. 1 let. c ch. 1 DPMIn). Cette condition vise à limiter le champ d'application de l'exemption de peine à la criminalité de faible à moyenne importance¹³⁰.

En outre, l'intérêt public et l'intérêt privé du lésé à la poursuite de l'auteur doivent être minimales (art. 53 let. b CP et 21 al. 1 let. c ch. 2 DPMIn). Concernant l'intérêt public à la poursuite, la jurisprudence recommande d'examiner les intérêts juridiques que la norme pénale protège et examiner si une sanction s'impose en termes de prévention générale ou spéciale malgré la réparation. S'il s'agit en premier lieu d'intérêts privés et que le lésé a accepté la réparation, selon la jurisprudence, l'intérêt à la poursuite pénale fait alors la plupart du temps défaut¹³¹. En revanche, lorsque la norme pénale protège des biens juridiques de haute importance (comme le développement sexuel non perturbé des mineurs), la jurisprudence considère qu'il est d'intérêt public que les comportements qui y contreviennent ne demeurent pas impunis. En pareil cas, l'exemption de peine ne doit être qu'exceptionnellement admise¹³². S'agissant de l'intérêt privé, il est généralement pris en compte dans le cadre de la réparation. La jurisprudence considère toutefois que le lésé n'a pas à consentir à l'application de l'art. 53 CP¹³³; il incombe ainsi exclusivement à l'autorité pénale de décider si l'intérêt du lésé à la poursuite fait défaut. Le lésé peut donc considérer que la réparation est suffisante alors que l'autorité pénale refuse l'application de l'art. 53 CP¹³⁴. A l'inverse, l'autorité peut considérer que l'intérêt du lésé à la poursuite fait défaut, quand bien même ce dernier souhaite que l'auteur soit puni¹³⁵.

Enfin, troisième condition, l'auteur doit avoir «reconnu les faits» (art. 53 let. c CP et 21 al. 1 let. c ch. 3 DPMIn). Selon le législateur, cette condition vise

130 V. ATF 135 IV 12 c. 3.4.3 (relative aux conditions de l'ancienne version de l'art. 53 let. a CP, qui permettait tout de même une exemption alors que la peine envisagée allait jusqu'à 2 ans). Or, ce plafond a récemment été abaissé afin de ne plus permettre l'application de l'art. 53 CP à des cas «relativement graves», selon la Commission des affaires juridiques du Conseil national «Initiative parlementaire. Modifier l'article 53 CP. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national», FF 2018 3888. Il est vrai que le plafond des deux ans était élevé (FELIX BOMMER, *Bemerkungen zur Wiedergutmachung* [Art. 53 StGB], *forumpenale* 3/2008, p. 171–177, p. 173 s.).

131 ATF 135 IV 12 c. 3.4.3; TF, arrêt non publié 6B_558/2009 du 26 octobre 2009, c. 2.1.2.

132 TF, arrêt non publié 6B_215/2013 du 27 janvier 2014, c. 2.5.

133 ATF 136 IV 41 c. 1.2.2.

134 V. TF, arrêt non publié 6B_215/2013 du 27 janvier 2014, c. 2.5. Le lésé (une jeune fille d'un peu moins de 16 ans) avait eu de son plein gré des rapports sexuels avec le prévenu (âgé de 30 ans). Le prévenu avait eu des doutes quant à la majorité sexuelle de l'enfant mais choisi de ne pas renoncer. Après les faits, le prévenu s'est maintes fois excusé auprès de la jeune fille et de sa mère et leur a versé une indemnité. Ces dernières ont signé une déclaration de renonciation à la procédure pénale, mais le tribunal a tout de même condamné le prévenu à une sanction pour les faits en question.

135 Ce qui a été le cas dans l'ATF 136 IV 41, cas dans lequel l'auteur de violation d'une contribution d'entretien (217 CP) avait entièrement réparé le dommage lié à l'infraction et obtenu une renonciation à la poursuite en application de l'art. 53 CP contre la volonté du lésé.

avant tout à ce que l'auteur prenne ses responsabilités, de sorte que c'est à l'aune de cet objectif que l'admission des faits selon CP 53 (c) doit être examinée. Le Conseil fédéral précise qu'«il ne sera plus nécessaire que l'auteur reconnaisse avoir enfreint une norme»¹³⁶. Ainsi, l'auteur n'a pas à admettre le caractère illicite de l'acte, mais uniquement sa participation aux faits déterminants, et pour autant que ces faits aient été établis. En effet, suivant le stade de l'instruction, il peut subsister beaucoup d'incertitudes non seulement sur les faits mais également, et *a fortiori*, sur leur qualification juridique¹³⁷. A l'inverse, si le prévenu persiste à nier tout comportement incorrect, on doit admettre qu'il ne reconnaît ni n'assume sa faute¹³⁸.

Ces trois conditions doivent être réunies pour qu'une «réparation» permette à l'auteur d'obtenir un classement ou une exemption de peine. Selon l'art. 53 CP, la réparation peut porter non seulement sur l'indemnisation du dommage, mais également (alternativement) sur la compensation des torts. Cette dernière forme de réparation peut intervenir selon la jurisprudence par la prise de conscience et de responsabilité du prévenu, après un échange avec le lésé¹³⁹. La réparation suppose ainsi que le prévenu démontre qu'il prend ses responsabilités¹⁴⁰. Par exemple, si l'auteur n'indemnise pas lui-même, s'il nie ou minimise son implication, l'autorité refusera d'appliquer l'art. 53 CP¹⁴¹. La forme de la réparation elle-même n'est pas imposée par la loi. Le plus souvent il s'agit du versement d'une somme d'argent au lésé qui couvre le dommage autant que l'auteur pouvait le faire en fonction de ses moyens¹⁴². En cas de violation d'intérêts publics, le versement ira à la Collectivité publique ou à une organisation caritative. Il est néanmoins envisageable que l'auteur d'une infraction compense les torts causés d'une autre manière, par exemple sous

136 «Initiative parlementaire: Modifier l'art. 53 CP. Rapport du 3 mai 2018 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Avis du Conseil fédéral», FF 2018 5029, 5033. En effet, la jurisprudence rendue en application de l'art. 53 CP exigeait de l'auteur qu'il «assume ses responsabilités» et reconnaisse «notamment le caractère illicite ou du moins incorrect de son acte» (TF, arrêt non publié 6B_130/2016 du 21 novembre 2016 c. 3.1 *if.*, qui se réfère à l'ATF 135 IV 12 c. 3.5.3). Les arrêts rédigés en allemand étaient à notre avis plus exigeants et demandaient de l'auteur qu'il reconnaisse la violation de la loi (le TF parle de «Normverletzung»; ATF 136 IV 41 c. 1.2.1; ATF 135 IV 12 c. 3.5.3).

137 FF 2018 3889.

138 TF, arrêts non publiés 6B_533/2019 du 3 juillet 2019, c. 3.1; 6B_558/2009 du 26 octobre 2009, c. 2.2.

139 ATF 135 IV 12, c. 3.5.3.

140 TF, arrêt non publié 6B_130/2016 du 21 novembre 2016, c. 3.1.

141 TF, arrêts non publiés 6B_130/2016 du 21 novembre 2016, c. 3.2; 6B_533/2019 du 3 juillet 2019, c. 3.2;

142 GARBARSKI/RUTSCHMANN (note 67), p. 172 ss; JÜRIG-BEAT ACKERMANN et RETO WEILENMANN, Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – «Freikauf» oder Anreiz zum Fehlermanagement? In: Jürg-Beat Ackermann et Marianna Johanna Hilf (éds), Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, 10. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2019, p. 29–58, p. 44 ss.

forme de réparation symbolique (travail en faveur de la communauté, du lésé, ou cadeau)¹⁴³.

L'art. 53 CP incite donc dans une certaine mesure à réconcilier l'auteur et le lésé, en dehors même d'une procédure de conciliation. Selon la doctrine, il s'agit de rétablir autant que possible la paix sociale¹⁴⁴. Toutefois, l'art. 53 CP peut s'appliquer même en l'absence de lésé direct¹⁴⁵, si l'auteur a porté atteinte à un bien collectif. On ne peut donc pas parler de norme visant exclusivement à promouvoir le règlement amiable des différends, mais plutôt d'une disposition qui permet une application rationnelle du principe de l'opportunité des poursuites.

2. *Repentir sincère*

Une autre disposition permet de tenir compte d'un accord survenu avec le lésé sur la sanction pénale, soit l'art. 48 let. d CP, lequel oblige le juge à atténuer la peine «si l'auteur a manifesté par des actes un repentir sincère, notamment s'il a réparé le dommage autant qu'on pouvait l'attendre de lui».

L'art. 48 let. d s'appliquera par exemple lorsque les conditions de l'art. 53 CP ne sont pas entièrement réunies, notamment lorsque l'intérêt public à poursuivre «résiduel» après réparation impose une sanction¹⁴⁶. A noter toutefois que la jurisprudence applique cette disposition avec retenue, exigeant de l'auteur un comportement «désintéressé et méritoire» adopté de façon spontanée, «dans un esprit de repentir». Il faut en outre que l'auteur consente à un effort particulier et à des sacrifices pour tenter de réparer le tort causé¹⁴⁷.

Les exigences de la jurisprudence sont élevées dans l'examen du comportement méritoire; on constate en pratique que l'art. 48 let. d CP est appliqué relativement rarement¹⁴⁸. A titre d'exemple, l'auteur qui fait valoir ses droits dans la procédure, notamment en contestant une partie des faits, puis s'efforce de vendre un bien immobilier au meilleur prix pour désintéresser au mieux les plaignants, n'adopte pas un tel comportement¹⁴⁹.

143 ACKERMANN/WEILENMANN (note 142), p. 48 ss.

144 BSK StGB-RIKLIN, art. 53 N 5.

145 Dans le même sens, ACKERMANN/WEILENMANN (note 142) p. 43.

146 TF, arrêt non publié 6B_215/2013 du 27 janvier 2014, c. 2.5.4.

147 ATF 107 IV 98, c. 1; TF, arrêt non publié 6B_84/2012 du 6B_94/2012 du 5 juillet 2012, c. 2.2.

148 V. à titre exemplatif, les arrêts suivants dans lesquels la disposition a été invoquée mais où le Tribunal fédéral a rejeté son application: TF, arrêts non publiés 6B_1276/2015 du 29 juin 2016; 6B_968/2008 du 20 mars 2009; 6B_291/2007 du 25 janvier 2008; 6B_265/2011 du 13 septembre 2011; 6B_614/2009 du 10 août 2009; 6B_84/2012 du 5 juillet 2012. Certes, il est probable que les auteurs qui bénéficient de l'art. 48 let. d CP ne recourent pas au Tribunal fédéral, mais il n'en demeure pas moins que les arrêts cités montrent à quel point la réparation ne permet que rarement d'obtenir une réduction effective de la peine.

149 TF, arrêt non publié 6B_1276/2015 du 29 juin 2016 c. 1.3.1 et 1.3.2.

3. *Fixation de la peine en général*

Enfin, à supposer que les conditions des art. 53 ou 48 let. d CP ne soient pas réunies malgré le règlement amiable d'un différend de nature pénale, l'art. 47 CP pourrait permettre de «valoriser» une telle transaction. Cette disposition pose les critères à prendre en considération pour fixer la peine, mais laisse au juge une large marge d'appréciation, du moment qu'il reste dans le cadre légal applicable à l'infraction en cause¹⁵⁰. Parmi les critères évoqués par la loi et la jurisprudence, l'attitude de l'auteur à la suite de l'acte entre en considération¹⁵¹. L'auteur peut ainsi voir sa peine diminuée lorsqu'il avoue, collabore à l'enquête, fait montre de remords et de prise de conscience de sa faute – pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un pur calcul stratégique¹⁵². De telles circonstances pourraient être réalisées en cas d'accord amiable.

III. **Appréciation critique**

Le règlement du différend de nature pénale est désormais institutionnalisé. On admet qu'il incombe aux autorités pénales de protéger la population et que l'exercice d'une forme de vengeance n'intervienne qu'à travers elles. Partant, le règlement amiable des litiges ne peut avoir qu'un rôle marginal. Ce rôle marginal est consacré par les processus et dispositions étudiées ci-dessus. Malgré le fait qu'elles n'interdisent jamais un règlement amiable, les dispositions précitées ne sont pas sans défauts et manques, que nous évoquerons brièvement avant d'aborder une manière de les pallier.

1. *Le moment de la résolution amiable*

Les dispositions de procédure pénale encourageant la résolution amiable ne sont, par définition, disponibles que pendant la procédure. Cependant, aucune disposition de droit matériel ou d'exécution des peines ne favorise l'échange entre la victime et l'auteur après la procédure, lorsque les choses se sont apaisées. Certes, la médiation pénale applicable aux mineurs est théoriquement envisageable en exécution de peine, mais la pratique la réserve à la phase pré-sentencielle.

Or, il est une évidence qui n'est pas prise en compte par la procédure pénale: le temps de la reconstruction d'une victime à la suite d'une infraction n'est pas nécessairement concomitant au temps de la procédure pénale ni même à celui de l'exécution de la peine¹⁵³. Il faut souvent du temps au lésé qui a subi un

150 KILLIAS/KUHN/DONGOIS (note 5), N 1212 p. 201.

151 CR CPI-QUELOZ/HUMBERT, art. 47 N 74 ss.

152 ATF 121 IV 202, c. 2d/cc et dd; TF, arrêt non publié 6B.265/2010 du 13 août 2010.

153 Soulevant déjà cette problématique: LANGUIN/ROBERT (note 49), p. 58: «Il y a une profonde discordance chronologique entre le temps immuable de la mise en ordre judiciaire d'une responsabilité pénale et le temps profondément modulable et individuel du devoir de reconstruction de soi».

traumatisme avant qu'il ne soit prêt à envisager une résolution amiable. Il arrive que des victimes d'infractions à l'intégrité sexuelle, par exemple, commencent par refuser d'admettre avoir même été victime d'une infraction (phase de déni), pour n'en prendre conscience que des jours ou des mois plus tard. Après la prise de conscience, il y aura souvent une phase de colère où la victime demandera vengeance¹⁵⁴. L'infraction comme événement traumatique peut ensuite avoir pour conséquences divers symptômes (troubles anxieux, dépressifs, relationnels, somatoformes, pour n'en citer qu'une partie)¹⁵⁵. Ainsi, un processus alternatif, qui pourrait aider la victime dans une phase ultérieure de reconstruction, ne serait indiqué que plusieurs années après l'infraction. On peut même souligner que la tentative de conciliation, qui intervient très souvent en pratique peu de temps après la dénonciation ou le dépôt de plainte, l'est à une étape où la victime, justement, réclame que l'auteur soit sanctionné. Il est ainsi fréquent qu'elle ne souhaite pas concilier, précisément pour cette raison. La même remarque peut être faite à l'égard de la médiation pénale, qui cependant donne de très bons résultats (quelque 75 % des affaires traitées en médiation pénale débouchent sur un accord)¹⁵⁶. On regrette néanmoins que ces modes amiables ne soient pas proposés ni encouragés après le prononcé d'un jugement, en particulier en exécution de peine.

Il n'y a pas non plus de dispositions qui encouragent le règlement amiable avant l'ouverture d'une procédure pénale. Si les art. 53, 48 let. d et 47 CP permettent dans une faible mesure d'encourager, du côté du prévenu, un règlement amiable dans la perspective du risque que les autorités pénales soient saisies, ni le droit cantonal de police ni la LAVI¹⁵⁷ ne contiennent de disposition qui orienterait les justiciables vers un règlement amiable, en amont de l'ouverture d'une procédure pénale. Or, pour les cas bagatelle, il serait sans doute indiqué d'intervenir le plus rapidement possible afin de limiter la mobilisation des autorités pénales aux cas qui nécessitent réellement leur intervention.

2. *La mise en œuvre des processus*

Quel que soit le processus amiable envisagé, le choix de le mettre en œuvre incombe exclusivement aux autorités pénales. C'est le magistrat qui convoque les parties à une audience de conciliation (art. 316 al. 1 et 2 CPP), le procureur qui

154 Jo-ANNE WEMMERS, 4. L'impact du crime, in: Introduction à la victimologie, Montréal, 2003, p. 57-77.

155 EVELYNE JOSSE, Le traumatisme psychique, Bruxelles 2011, p. 109 ss. Par ailleurs, ces phases ne sont pas sans rappeler les cinq phases du deuil développées par ELISABETH KÜBLER-ROSS, *On death and dying*, Londres/New York 1973.

156 V. les statistiques annoncées en 2015 sur le site officiel du Canton de Fribourg après 10 ans de médiation pénale, <<https://www.fr.ch/dsj/police-et-securite/prevention/en-dix-ans-le-bureau-de-mediation-penale-pour-mineurs-a-vu-defiler-plus-de-1400-jeunes-auteurs-de-delits-penaux-et-plus-de-1000-victimes>> (février 2020).

157 Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (Loi sur l'aide aux victimes, LAVI; RS 312.5).

statue sur la mise en œuvre de la procédure simplifiée (art. 359 al. 1 CP) et le juge ou le procureur des mineurs qui peut envoyer le cas en médiation (art. 17 al. 1 PPMIn). Dans aucune de ces hypothèses, les parties n'ont un droit à tenter de mettre fin à leur conflit par la voie amiable. S'il nous paraît justifié que les autorités pénales décident librement de mettre fin à l'action publique ou d'examiner, dans les limites de leur pouvoir d'appréciation, les conditions d'application des art. 53, 48 let. d et 47 CP, il est regrettable que les parties ne puissent pas dans certains cas avoir accès à un processus amiable. Certes, tant le prévenu que la partie plaignante peuvent demander la mise en œuvre d'une conciliation, d'une procédure simplifiée ou d'une médiation, mais la loi restreint fortement le champ d'application de la conciliation (v. ci-dessus) et de la médiation (exclue si l'auteur n'est pas mineur). Quant à la procédure simplifiée, si tant est qu'elle puisse être considérée comme un mode de résolution amiable des différends entre parties, elle suppose avant tout le bon vouloir du ministère public, non seulement dans sa mise en œuvre mais surtout dans les négociations.

En outre, à l'exception de la médiation, les processus sont menés par les autorités pénales, soit des personnes formées à l'application du droit et non à la gestion et la résolution des conflits. La pratique le montre, le magistrat tend à diriger les échanges, à proposer des solutions et va dans certains cas jusqu'à «menacer» les parties de ce qu'il adviendra si elles ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente.

Enfin, à l'exception de la médiation en droit pénal des mineurs, les parties doivent s'exprimer devant le magistrat qui tranchera en cas d'échec. Il appert donc qu'elles ne pourront s'exprimer librement. On peine en effet à imaginer que le prévenu se risque à admettre des faits qui ne sont pas prouvés devant le procureur, alors que la partie plaignante pourrait ensuite refuser de concilier, ce d'autant moins que la procédure de conciliation ne connaît pas de disposition, semblable à celle prévue à l'art. 362 al. 4 CPP, proscrivant l'exploitation des déclarations faites par les parties dans la perspective d'un accord.

3. *Le contenu de la résolution amiable*

Malgré l'ouverture de l'art. 53 CP sur «la compensation des torts» et les nombreux développements de la doctrine autour des formes variées que peut prendre la réparation, la pratique semble extrêmement fixée sur le versement d'une indemnité pécuniaire. En conciliation ou en procédure simplifiée, le prévenu «paie» le retrait de la plainte ou l'accord de la partie plaignante. Il en va de même en pratique lorsque les négociations en procédure préliminaire portent sur l'application de l'art. 53 CP¹⁵⁸. La loi est même explicite en procédure sim-

158 GARBARSKI/RUTSCHMANN (note 67), p. 172 ss.

plifiée, puisque le prévenu doit reconnaître les prétentions civiles de la partie plaignante (art. 358 al. 1 CPP).

La médiation fait néanmoins exception, puisque la loi attend de ce processus qu'il «[aboutisse] à un accord». Le contenu de l'accord est, dans ces cas, très variable et les parties peuvent être plus inventives. Malheureusement, cela n'empêche pas les autorités et les parties de rester fixées sur l'idée que le processus de règlement amiable doit déboucher sur la signature d'une transaction. Les autorités pénales veulent, à terme, voir un document qui consacre un accord. Les avocats des parties également.

Ces réglementations cadrent le sens des échanges amiables à intervenir entre l'auteur et la victime d'une infraction. Certes, l'indemnisation d'une partie plaignante a son importance. On constate cependant que les besoins des victimes portent parfois simplement sur la reconnaissance de leur souffrance, sur l'obtention de réponses à leurs questions ou encore sur le fait d'avoir la possibilité de confronter l'auteur¹⁵⁹. La réparation pécuniaire n'est qu'un aspect de la réparation de la victime, et qui n'est parfois même pas souhaité par elle¹⁶⁰.

4. *Les conséquences de la résolution amiable sur la procédure pénale*

C'est un fait: d'après le législateur suisse, la résolution amiable du litige de nature pénale, si elle est mise en œuvre, doit conduire le ministère public à classer la procédure ou à accorder au prévenu un traitement de faveur. Si la conciliation aboutit, la procédure pénale est classée (art. 316 al. 3 CPP). La même conséquence intervient lorsque la médiation permet aux parties de signer un accord (art. 17 al. 2 PPMIn). La procédure simplifiée, quant à elle, est supposée permettre au prévenu d'obtenir divers avantages (réduction des charges ou de la sanction, rapidité et discrétion). Enfin, les dispositions de droit matériel évoquées ci-dessus visent toutes à permettre au prévenu d'être sanctionné moins sévèrement.

Cela a pour première conséquence que toute forme de conciliation ou de médiation sera d'emblée exclue par l'autorité (qui décide seule de mettre en œuvre de tels processus) lorsqu'elle considère qu'une peine est nécessaire, pour des motifs de prévention spéciale ou générale ou simplement en application d'une politique criminelle répressive. De la même manière, la loi interdit même de tenter la médiation lorsqu'une mesure est nécessaire pour protéger le mineur. Il y a là une «antinomie» entre le besoin de protection et la médiation, dénoncée par la doctrine¹⁶¹. De façon plus générale, le législateur oppose le besoin de

159 JO-ANNE WEMMERS, 5. La seconde victimisation et les besoins des victimes, in: Introduction à la victimologie, Montréal 2003, p. 79–89; LANGUIN/ROBERT (note 49), p. 60.

160 CAROLE DAMIANI, La réparation psychique: Psychological reparation for crime victims, *Médecine & Droit* 100–101 (2010), p. 56–61, p. 61.

161 STRÄULI (note 51), p. 135.

sanctionner au besoin pour les parties de s'entendre. Or, la sanction ou la résolution amiable ont chacune une raison d'être propre; ce n'est pas parce que l'auteur doit être sanctionné que la victime doit être empêchée de rencontrer l'auteur pour échanger, voire transiger avec lui.

Fatalement, puisque l'autorité est obligée de classer la procédure, c'est à elle non seulement de décider si le processus peut être tenté mais également si elle peut le considérer comme abouti, à tout le moins en conciliation ou dans l'application de l'art. 53 CP. Comme déjà relevé, l'accord ou le désaccord du lésé peut dans certains cas être ignoré par l'autorité de poursuite, ce qui peut conduire celui-là à ressentir une forme d'incompréhension, à tout le moins.

En outre, la conséquence annoncée aux parties si elles transigent influe sur leur décision de participer ou non et de concilier ou non. L'auteur d'une infraction sera évidemment motivé (au moins également) par des considérations tactiques, dans l'espoir d'obtenir un traitement de faveur des autorités. Il peut de ce fait paraître moins sincère à la victime. On relève encore que le Tribunal fédéral vilipende justement l'auteur qui a agi par considération tactique, et exclut de ce fait l'application de l'art. 53 CP ou de l'art. 48 let. d CP¹⁶². En d'autres termes, le législateur promet au prévenu un traitement de faveur et la jurisprudence reproche à ce dernier d'espérer l'obtenir. Il y a là une contradiction évidente. A l'égard de la partie plaignante également, cette conséquence obligatoire n'est pas sans influence. Il est arrivé en pratique que des lésés se sentent obligés de concilier, pour ne pas être celui à cause duquel le prévenu sera sanctionné – spécialement lorsque ce dernier est mineur.

En définitive, ce lien obligatoire entre aboutissement du mode amiable et sort de la procédure pénale biaise la volonté des parties. Il biaise même la volonté de l'autorité, qui peut voir un intérêt direct dans le classement et donc inciter trop fortement les parties à concilier ou, à l'inverse et comme déjà relevé, souhaiter qu'elles ne concilient pas pour qu'elle puisse sanctionner l'auteur.

5. *La limitation du champ d'application des modes de résolutions amiables*

L'obligation de classer ou d'exempter de peine a pour effet, voulu par le législateur (art. 53 let. a CP), de restreindre les modes amiables à la criminalité de faible importance. Nous le regrettons vivement, car les modes amiables en deviennent de fait exclus lorsque les infractions sont graves. Or, c'est précisément lorsque les infractions ont occasionné des conséquences lourdes pour la victime que cette dernière peut souhaiter avoir un échange avec l'auteur, afin notam-

162 Selon les termes de la Haute Cour: «Celui qui ne consent à faire un effort particulier que sous la menace de la sanction à venir ne manifeste pas un repentir sincère, il s'inspire de considérations tactiques et ne mérite donc pas d'indulgence particulière» TF, arrêt non publié 6B_719/2019 du 23 septembre 2019, c. 2.2 et les nombreuses références citées.

ment d'exprimer sa souffrance, d'obtenir des réponses à ses questions, voire des excuses¹⁶³.

6. Conclusions intermédiaires

Le législateur suisse a décidé que les parties ne pourraient s'entendre que dans des cas de faible gravité, pour autant que les autorités pénales le décident, au moment où elles le décident, par leur intermédiaire (directement ou sur leur délégation) et selon ce qu'elles considèrent comme une forme appropriée de réparation. Cela est logique puisque le législateur a aussi choisi de conférer à l'accord intervenu le pouvoir d'éteindre la procédure pénale ou d'atténuer la peine.

L'état de la législation est ainsi perfectible à maints égards. En premier lieu, il nous semble indispensable de dissocier le règlement amiable du sort de la procédure pénale. Certes, si les parties s'entendent sur une affaire de moindre importance ou poursuivie sur plainte, le ministère public doit pouvoir classer. Toutefois, et quelle que soit la gravité de l'infraction, si les parties ont besoin d'échanger, le font de manière constructive et parviennent à obtenir une forme de réparation, le ministère public doit néanmoins pouvoir décider, en toute indépendance, du sort de l'action pénale et des conséquences de l'infraction. Cela permettrait d'étendre considérablement le champ d'application des règlements amiables des différends, tout en évitant de biaiser la volonté des parties ainsi que celles des autorités. On créerait alors une voie parallèle à la procédure pénale qui lui serait complémentaire, tout en étant accessible avant et après celle-ci. Il serait dès lors envisageable de confier le règlement amiable des différends à des professionnels spécifiquement formés à cet effet, qui axeraient la négociation et la «réparation» sur les besoins des parties, exprimés par elles et non dictés par les nécessités de la procédure pénale.

D'autres Etats ont fait ces mêmes constats et adopté une législation mettant en place une voie parallèle; on y parle de justice restaurative¹⁶⁴.

163 CAROLINE M. ANGEL, LAWRENCE W. SHERMAN, HEATHER STRANG, BARAK ARIEL, SARAH BENNETT, NOVA INKPEN, ANNE KEANE et THERESE S. RICHMOND, Short-term effects of restorative justice conferences on post-traumatic stress symptoms among robbery and burglary victims: a randomized controlled trial, *J Exp Criminol* (2014) 10, p. 291–307, p. 294 ss.

164 V. le préambule de la Recommandation CM/Rec (2018) 8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (adoptée par le Comité des Ministres le 3 octobre 2018): «*Le Comité des Ministres, [...] Constatant l'intérêt croissant pour la justice restaurative au sein de ses Etats membres; [...] Notant que les Etats membres tendent de plus en plus à recourir à la justice restaurative, qui constitue un processus souple, réactif, participatif et axé sur le règlement du problème; reconnaissant que la justice restaurative peut être appliquée en complément des procédures pénales traditionnelles ou s'y substituer [...]*».

D. Le règlement consensuel des différends de nature pénale *de lege ferenda*

I. Justice restaurative

1. Définition

A l'origine de la justice restaurative se trouve l'idée que «rendre justice» impliquerait de mettre l'accent, non pas uniquement sur l'acte commis par l'auteur pour lui infliger une sanction en fonction de sa faute, mais sur les préjudices qui sont issus de l'infraction pour tenter de les réparer, en fonction des besoins de ceux qui ont été touchés¹⁶⁵.

Ce qui change par rapport aux modes amiables présentés jusqu'ici est, en premier lieu, que les «préjudices» sont conçus de façon «large»¹⁶⁶, en ce sens que toute forme de préjudice est considérée (convertible ou non de façon pécuniaire, qu'il s'agisse de torts matériels ou immatériels) et, en outre, qu'on ne limite pas le cercle des personnes atteintes au lésé direct mais qu'on l'élargit notamment à ses proches, aux proches de l'auteur et, dans certains cas, à leur communauté de vie (voisinage, école, église, par exemple)¹⁶⁷.

En outre, la manière de réparer ne se conçoit pas uniquement comme la remise d'une forme de dédommagement à la victime, mais également à travers le processus de justice lui-même, qui suppose la participation active et librement consentie des parties. Ce sont les parties qui vont jouer un rôle essentiel dans la mise en œuvre du processus, en déterminant notamment son rythme, son contenu et son issue.

Selon la définition donnée en 2018 par le Conseil de l'Europe, la Justice restaurative¹⁶⁸ désigne «tout processus permettant aux personnes qui ont subi un préjudice résultant d'une infraction et aux responsables de ce préjudice de participer activement, s'ils y consentent librement, au règlement des problèmes résultant de l'infraction, avec l'aide d'un tiers qualifié et impartial»¹⁶⁹. Les

165 HOWARD ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. 3^e éd. Scottsdale 2005, p. 211 ss.

166 Le terme anglais est «harm», soit souffrance, tort ou encore dommage.

167 V. par exemple la définition de PAUL MCCOLD, *Restorative Justice: Variations on a Theme*, in: Lode Walgrave (éd.), *Restorative Justice For Juveniles: Potentialities, Risks and Problems*, Leuven 1998, p. 19 ss p. 20.

168 Suivant les Etats qui la mettent en œuvre, on peut trouver également les termes de «justice réparatrice» ou de «justice restauratrice». Tous sont des traductions des termes anglo-saxons «restorative justice». Nous utilisons désormais (*contra* PERRIER [note 8], p. 29 note 114) le terme justice restaurative, d'une part parce qu'il s'est imposé devant le Conseil de l'Europe (v. note suivante) et, d'autre part, parce qu'il ne laisse pas entendre que l'on pourrait «réparer» une personne à la suite d'une infraction pénale. Il s'agit dans ces processus de «restauration», c'est-à-dire de transformation positive.

169 Recommandation CM/Rec (2018) 8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (adoptée par le Comité des Ministres le 3 octobre 2018), pt. 3.

processus en question, qui mettent en œuvre la justice restaurative, sont divers et seront présentés *infra* (chiffre 2)¹⁷⁰.

En Suisse, les termes «justice restaurative» ne se trouvent aujourd’hui dans aucun texte législatif, mais on peut rattacher à ce modèle de justice la médiation pénale instaurée pour les mineurs¹⁷¹. Comme déjà relevé, la réglementation qui l’entoure nous semble imparfaite à plusieurs égards, et en particulier quant à son champ d’application, limité aux infractions commises par des auteurs mineurs et de moyenne gravité.

Afin d’ouvrir la réflexion, nous présenterons les trois types de processus de justice restaurative utilisés de par le monde, avant d’examiner les différentes manières de les institutionnaliser en droit positif suisse. Comme la justice restaurative est appliquée depuis quelques décennies dans certains pays (en particulier anglo-saxons), la recherche en criminologie a permis de mettre en lumière ses effets bénéfiques à l’égard des parties, que nous présenterons également brièvement.

2. *Processus mettant en œuvre la justice restaurative*

A notre sens¹⁷², pour pouvoir se réclamer de la justice restaurative, un processus doit remplir, au moins, les quatre critères suivants:

170 Notons qu’il y a eu beaucoup d’expériences ou «projets-pilotes» menés dès les années 1970 visant à mettre en contact la victime et l’auteur d’une infraction, de façon parfois très pratique, sans qu’ait encore été développés d’une part les fondements théoriques de la justice restaurative, ni d’autre part la formation des personnes qui les ont menés, afin d’assurer que de telles rencontres se fassent sans dommages pour les participants: v., pour les premières expériences nord-américaines, PAUL McCOLD, *The recent history of restorative justice: Mediation, circles, and conferencing*, in: Dennis Sullivan et Larry Tiftt (éds), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Oxon/New York 2006, p. 23–51, p. 26 s; pour la France, JEAN-PIERRE BONAFÉ SCHMITT, *La médiation sociale et pénale*, in: Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Jocelyne Dahan, Jacques Salzer, Marianne Souquet, Jean-Pierre Vouche (éds), *Les médiations, la médiation*, Ramonville Saint-Agne 2003, p. 15–25; pour l’Allemagne: STEFANIE TRÄNKLE, *Im Schatten des Strafrechts, Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleichs und der französischen médiation pénale auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen*, Berlin 2007, p. 12 ss; pour la Suisse (en Valais en 2001): MURIEL BECK KADIMA, CASSANDRA CHERIX, CHRISTINE DEBONS, ERIC JOST, VANESSA MICHEL, *Médiation pénale pour les mineurs en Suisse: les premières données*, Mémoires de Diplôme Universitaire en Médiation, IUKB, Sion 2007, p. 38.

171 V. ci-dessus paragraphe C.I.3.

172 V. déjà CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE, *Les bases légales de la justice restaurative en Suisse*, in: *La Justice restaurative en France et en Europe: Actes de la journée d’étude du Master Médiation du 22 mai 2019*, Université Lumière Lyon 2 (à paraître en juin 2020). Dans le même sens, bien que plus détaillé, CATHERINE JACCOTTET TISSOT, NILS KAPFERER et MARCO MONA, *Pour une justice restaurative en Suisse*, PJA 2016 p. 1176–1186, p. 1178 s. Sur les caractéristiques communes de ces processus, v. ég. BARBARA RAYE et ANN WARNER ROBERTS, *Restorative processes*, in: Gerry Johnstone et Daniel W. Van Ness (éd.), *Handbook of Restorative Justice*, Londres/New York 2007, p. 211–227, p. 217, qui mettent également l’accent sur la participation de la société civile au règlement du conflit.

- L'objectif du processus est la réparation des préjudices liés à une infraction pénale. Peu importe que l'auteur ait été condamné ou qu'il ait préalablement reconnu l'ensemble des faits et admis sa culpabilité. L'infraction (alléguée) et ses dommages au sens large fixent le cadre du processus.
- Le processus suppose le consentement libre et éclairé des deux parties. Chaque participant accepte d'entrer dans un tel processus, après avoir été dûment informé, et peut à tout moment s'en retirer. L'accord ne peut être forcé.
- Le déroulement du processus suppose la participation active des parties au conflit, soit au moins de l'auteur et du lésé, qui peuvent y exprimer leur ressenti, définir leurs besoins et proposer des solutions.
- La mise en œuvre du processus est confiée à un tiers (1) qualifié, (2) indépendant des autorités pénales et (3) impartial¹⁷³. Ce tiers peut être «médiateur», «facilitateur» ou «gardien du cercle»¹⁷⁴, mais est spécifiquement formé pour assister les parties dans un tel processus. Il lui faut en effet s'assurer que victime et auteur communiquent dans le respect mutuel et l'empathie ainsi que favoriser la prise de responsabilité de l'auteur et la reconstruction de la victime au travers de l'échange. Il doit également s'assurer que les trois autres critères définis ci-dessus soient respectés. C'est en effet le tiers qui s'assure du consentement des parties, les guide afin qu'elles règlent elles-mêmes activement leur conflit, tout en limitant l'objet du processus au règlement des préjudices liés à l'infraction.

Certains auteurs ajoutent à ces caractéristiques le fait que le processus soit mené selon des «valeurs restauratives» telles que l'honnêteté, le respect mutuel, l'empathie, l'humilité, la responsabilisation des parties, la confiance ou la guérison¹⁷⁵. Ces valeurs nous semblent cependant aller de pair, d'une part, avec les objectifs de réparation de la justice restaurative et, d'autre part, avec la professionnalisation du tiers qualifié. En outre, il ne paraît pas y avoir de consensus sur le contenu de ces valeurs.

En tous les cas, chacun des processus décrits ci-dessous n'intervient que si toutes les parties l'ont souhaité ou au moins accepté de tenter sa mise en œuvre. Si tel est le cas, l'auteur ou la victime rencontre d'abord seul(e) le médiateur ou le facilitateur. En effet, avant toute forme d'échange entre les parties, une phase de préparation s'impose. Le facilitateur s'assure d'abord que chaque partie souhaite effectivement s'engager dans un processus de justice restaurative et que cette voie est opportune dans son cas¹⁷⁶. Ensuite, il

173 Certains médiateurs parlent de «*multipartialité*» en ce sens qu'ils soutiennent de façon égale la victime et l'auteur de l'infraction.

174 Est un «facilitateur» celui qui mène le processus de conférence de groupe, un médiateur la médiation et le gardien du cercle (*circle keeper*) celui qui mène le cercle de sentence.

175 V. en particulier KAY PRANIS, *Restorative Values*, chapter 4, in: Gerry Johnstone et Dan Van Ness (éds), *Handbook of Restorative Justice*, Londres 2007, p. 59–74 et les nombreuses références bibliographiques citées.

176 CATHERINE JACCOTTET TISSOT et PASCALE HALDIMANN, *Le droit à des processus restauratifs dans l'aide aux victimes*, in: Jusletter 23 octobre 2017, § 13.

détermine avec chacune d'elles ce qu'elle attend du processus (pour quels motifs souhaite-t-elle participer, avec quelles demandes), en la rendant attentive aux risques qui y sont liés (d'abord, que l'autre partie refuse de participer, ensuite que l'autre ne réponde pas nécessairement à ses attentes de la manière espérée). Il peut y avoir plusieurs rencontres avec le facilitateur seul, en fonction du degré de sensibilité du cas (en présence d'une agression sexuelle ou d'un meurtre, par exemple, la phase de préparation sera particulièrement intense). L'éventuelle rencontre entre la victime et l'auteur pourra être préparée jusqu'à déterminer qui parle en premier, avec quel sujet, ou comment les parties seront assises¹⁷⁷.

Le nombre des participants au processus et les modalités de l'éventuelle rencontre varie selon le modèle de processus choisi.

a. Médiation pénale ou dialogue victime-auteur

Traditionnellement, on date la réintroduction de la médiation pénale à 1974 au Canada, dans une petite ville (Elmira) non loin de Kitchener, en Ontario. Deux adolescents qui avaient commis des actes de vandalisme y ont rencontré leurs victimes. Le succès de l'opération fut tel qu'il a donné lieu à un véritable programme de réconciliation entre auteur et victime à Kitchener dès 1975¹⁷⁸. L'idée et les initiatives similaires se sont ensuite répandues aux États-Unis et au Canada dans les deux décennies qui ont suivi, avant d'être introduites en Europe dans les années 1990 (en Belgique, en France et en Allemagne, ainsi que dans les pays scandinaves, notamment)¹⁷⁹.

Aujourd'hui, même si d'aucuns préfèrent utiliser le mot «dialogue» que celui de médiation¹⁸⁰, il s'agit toujours de proposer, d'organiser et d'encadrer un échange, voire une (ou plusieurs) rencontre(s), entre le lésé d'une infraction pénale et l'auteur direct de cette infraction¹⁸¹. Si les parties se font parfois accompagner de personnes de confiance, le processus ne le suppose pas; en règle générale, seuls la victime et l'auteur rencontrent le médiateur. En outre, après la phase de préparation évoquée ci-dessus, il y a fréquemment plusieurs rencontres à trois, cas échéant espacées dans le temps. L'objectif peut aussi bien

177 MARK UMBREIT et MARILYN PETERSON ARMOUR, *Restorative Justice Dialogue: An Essential Guide for Research and Practice*, sp. chapitre 8: Victim-Offender Dialogue in Crimes of Severe Violence, New York 2011, p. 211–236, p. 223.

178 McCOLD (note 170), p. 26.

179 V. PERRIER (note 8), p. 56 s.

180 PASCALE HALDIMANN, CATHERINE JACCOTTET TISSOT, KILS KAPPERER et SOPHIE MOESCHLER, Justice restaurative et médiation, une distinction qui s'impose, *Plaidoyer* 5/2018, p. 38–42.

181 Pour une définition complète, v. PERRIER (note 8), p. 57 ss. V. ég. HOLH-CHIRAZI/SETHI KARAM (note 51), p. 37 ss.

être de limiter le thème d'une rencontre¹⁸² que de permettre aux parties d'avoir un temps de réflexion et de pause¹⁸³.

Dans ce processus, le médiateur pratique ce que l'on appelle l'écoute active, c'est-à-dire qu'il pose des questions et reformule ce que ressentent les parties. Il doit les aider à rassembler leurs idées et à identifier leurs intérêts, leurs émotions et leurs besoins. Le médiateur tente de donner aux parties une vue extérieure, d'ensemble, pour éventuellement leur permettre de changer de perspective. Ensuite seulement, les parties sont amenées à chercher puis proposer des pistes de solutions. Le médiateur doit alors être créatif sans être directif, pour aider victime et auteur à trier ces idées et à les sélectionner afin, éventuellement, de signer un accord¹⁸⁴.

Dans le domaine pénal, il arrive cependant fréquemment que les parties souhaitent uniquement avoir une discussion et qu'il ne soit dès lors pas nécessaire de rédiger une transaction. Après avoir pu exprimer à l'auteur ses souffrances, la victime peut ne pas en souhaiter davantage. De même, la médiation peut très bien se conclure sur l'expression de regrets par l'auteur, tout en laissant la possibilité à la victime de refuser d'accorder son pardon. On ne mesure pas la «réussite» de la médiation pénale en fonction du fait qu'elle ait ou non abouti à un accord ou une réconciliation. L'objectif est de mettre en place les conditions qui permettent aux parties un échange d'informations et de points de vue, sans *a priori* sur le contenu de cet échange¹⁸⁵. Cela n'empêche pas les parties, parfois, de néanmoins signer un accord. Celui-ci peut se limiter à communiquer qu'une médiation a eu lieu et qu'elle s'est bien déroulée¹⁸⁶.

Lorsqu'elle intervient après le jugement pénal, on parle de médiation carcérale ou post-sentencielle. En pareil cas, la médiation se déroule souvent durant la détention de l'auteur en milieu pénitentiaire ou en cours de suivi par un service de probation. Cette forme de médiation n'a pas d'incidence directe sur la

182 Par exemple, ne parler que des souffrances liées à l'infraction et laisser pour une rencontre suivante les moyens de tenter de les réparer.

183 FLORENCE PASTORE et BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié Pages PJA 2010 p. 747–753, p. 748. Ces auteurs décrivent les caractéristiques de la médiation pénale.

184 PERRIER (note 8), p. 59.

185 V. la description de la «médiation réparatrice» en Belgique par STEPHANIE THIRY, Comment comprendre la place de la médiation pénale et de la médiation réparatrice en Belgique? Analyse à travers les paradigmes de la rationalité pénale moderne et de la justice restauratrice, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, mémoire de master 2019 sous la direction de THIBAUT SLINGENEYER, p. 60 ss, spécialement p. 65.

186 Relevons à cet égard le point 51 de la Recommandation du Conseil de l'Europe: «Les accords ne doivent pas nécessairement mentionner des résultats concrets. Les parties sont libres de convenir que le dialogue a suffisamment satisfait leurs besoins et leurs intérêts»: Recommandation CM/Rec(2018)8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (adoptée par le Comité des Ministres le 3 octobre 2018, lors de la 1326^e réunion des Délégués des Ministres).

durée de la peine privative de liberté. Elle nécessite souvent une préparation intense, car elle implique des infractions d'une certaine gravité¹⁸⁷.

b. Conférences

Les «conférences familiales» (*family group conferences*) tirent leurs origines de la tradition des peuples aborigènes Maori de Nouvelle-Zélande et Wiradjuri de la ville de Wagga Wagga en Australie. L'objectif est de réunir non seulement l'auteur et la victime, mais également leur famille respective, afin qu'elles trouvent elles-mêmes et ensemble une solution¹⁸⁸. Elles ont été réintroduites dans le système pénal néo-zélandais en 1989¹⁸⁹, puis en Australie en 1991. Cette technique est depuis utilisée dans certains Etats des Etats-Unis¹⁹⁰ et dans certaines parties du Canada, au Royaume-Uni et en Irlande du Nord ainsi que, en Europe continentale, aux Pays-Bas et en Belgique notamment¹⁹¹.

La conférence de groupe familiale consiste ainsi en une (généralement unique) rencontre entre l'auteur, la victime, leurs familles ainsi que des personnes de soutien qui leur sont proches. Elle est menée par un ou plusieurs «facilitateurs», suivant le nombre de participants. En effet, en fonction des Etats et des pratiques, des membres de «la communauté» au sens large peuvent participer, en particulier un policier, un assistant social, ou encore un collaborateur d'un service de l'Etat chargé de la protection des enfants¹⁹². Initialement conçues comme un processus diversionnel dans une procédure pénale impliquant un mineur (à laquelle elles mettaient fin en cas de réussite), les conférences ont gagné en importance et peuvent, dans certains Etats, être utilisées avec des crimes plus graves commis par des auteurs majeurs¹⁹³.

L'objectif de la présence des proches est de soutenir les victimes lors du processus et de restaurer les liens, entre eux, que l'infraction aurait fragilisés. En

187 Sur ce point en particulier, v. UMBREIT/PETERSON ARMOUR (note 177), p. 211–236.

188 RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 213.

189 L'acte qui les a instaurées est le «Children, Young Persons, and Their Families Act 1989 No 24».

190 Par exemple dans le Vermont, v. GALE BURFORD, Chapter 10: Family Group Conferences in Youth Justice and Child Welfare in Vermont, in: Katherine S. van Wormer et Loren Walker (éds), *Restorative Justice Today: Practical Applications*, Sage Pub. Californie 2013, p. 81–91; MARIE CONNOLLY, Fifteen years of family group conferencing: Coordinators talk about their experiences in Aotearoa New Zealand, *British Journal of Social Work* vol. 36 no 4 (2006), p. 523 ss, p. 524.

191 En 2015, 13 pays de l'Union européenne avaient intégré les conférences de groupe, dont 5 à un niveau national: IVO AERTSEN, *Implementing restorative justice in Europ: achievements and challenges*, in: Nicolas Queloz, Catherine Jaccottet Tissot, Nils Kapferer et Marco Mona (éds), *Mettre l'humain au centre du droit pénal: les apports de la justice restaurative*, Schulthess, Genève 2018, p. 43–60, p. 48; v. ég. IVO AERTSEN, ROBERT MACKAY, CHRISTA PELIKAN, JOLIE WILLEMSTEN et MARTIN WRIGHT, *Renouer les liens sociaux – Médiation et justice réparatrice en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2004 p. 32 s.

192 CAMILLE PERRIER, *Criminels et victimes: quelle place pour la réconciliation?*, l'Hèbe, Charney 2011, p. 51; v. ég. RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 213 ss.

193 RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 214.

effet, l'infraction a tendance à isoler la victime, qui peine à en parler à son entourage, notamment par honte ou crainte d'être en partie tenue pour responsable. De même, la famille de la victime peut se culpabiliser de n'avoir pas su la protéger¹⁹⁴. À l'égard des auteurs, les proches peuvent d'une part les aider à prendre leurs responsabilités et à changer durablement leur comportement. D'autre part, le processus peut également permettre de renouer des liens rompus par l'infraction (rejet de l'auteur en raison de ce qu'il a fait, sentiment de culpabilité de l'entourage, etc.). Les conférences donnent ainsi aux familles, qui sont également touchées lors de la commission d'une infraction, la possibilité d'exprimer leur propre souffrance mais aussi de jouer un rôle actif.

Après la première étape de préparation, décrite ci-dessus, la rencontre se déroule en général en différentes phases, l'une dédiée au récit des faits (rappelés par le policier en charge de l'affaire qui participerait à la conférence), la suivante à l'expression des torts causés, puis à ce qui peut être fait pour les réparer¹⁹⁵. En Nouvelle-Zélande, cette phase concerne d'abord l'auteur et sa famille seuls, qui proposent ensuite leur solution au groupe, qui la discute, la modifie ou l'avalise. Enfin, le processus se termine par un échange convivial (une sorte d'apéritif) qui clôt la conférence et scelle la réconciliation¹⁹⁶.

c. Cercles

Inspirés cette fois des pratiques des Premières Nations nord-américaines¹⁹⁷, les processus dits de «cercles restauratifs» (*restorative circles*) ont été réintroduits au Yukon (Canada) en 1992 et se sont depuis répandus dans les pays anglo-saxons¹⁹⁸. En 2015, seuls trois pays européens avaient tenté ces processus à titre de projets pilote (Allemagne, Hongrie et Belgique)¹⁹⁹.

Les cercles restauratifs consistent d'abord en une technique de communication: placés en cercle, les participants se passent un objet symbolique (un «*talk-ing stick*») qui donne au seul porteur le droit de parole²⁰⁰. L'accent est mis sur la communication et l'écoute; tant qu'un participant a l'objet en main, il peut s'ex-

194 WEMMERS (note 154), p. 57–77 concernant les «répercussions sociales» du crime.

195 GABRIELLE MAXWELL, Chapter 12: Restorative and Diversionary Responses to Youth Offending in New Zealand, in: Katherine S. van Wormer et Lorenn Walker (éds), *Restorative Justice Today: Practical Applications*, Sage Pub. Californie 2013, p. 103–111, p. 104 s.

196 PERRIER (note 192), p. 53.

197 RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 215 s. McCOLD (note 170), p. 27 ss; Pour un autre exemple, voir MYLÈNE JACCOUD, Restoring justice in native communities in Canada, in: Lode Walgrave, (éd.) *Restorative Justice For Juveniles: Potentialities, Risks and Problems*, Louvain 1998, p. 285 ss, 291 ss, qui explique le déroulement des *Community Holistic Circle Healing*, mode de règlement des conflits d'une communauté Ojibwé du Manitoba au Canada.

198 PERRIER (note 8), p. 55 s. PERRIER (note 192), p. 54 s.

199 CLARA RIGONI, Restorative justice and mediation in penal matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries, *Restorative Justice*, 2016 (4) 2, p. 276–279.

200 RAYE/WARNER ROBERTS (note 172), p. 215.

primer sans être interrompu. Les Premières Nations utilisaient une plume, mais tout objet de parole peut être utilisé²⁰¹.

Les cercles ressemblent au processus du *conferencing* en ce sens qu'ils supposent la participation de l'auteur, de la victime et de leur famille respective, cas échéant de leurs proches, mais également de toute personne de la communauté concernée par la commission de l'infraction (voisins, famille étendue, membre de la même église ou école, etc.) ainsi que, encore, de toute personne à même d'apporter son soutien (par exemple: un spécialiste en addiction)²⁰². Il peut y avoir jusqu'à une cinquantaine de participants, qui formeront alors deux cercles²⁰³. Lorsqu'il s'agit d'un *sentencing circle*, le cercle implique en outre un juge ou un procureur, puisqu'il porte également sur la sanction. Dans ce dernier cas, l'accord aura la force d'un jugement²⁰⁴. En outre, le prévenu doit avoir reconnu les faits et accompli une longue phase de préparation, qui suppose déjà qu'il propose un plan de réparation qu'il présentera lors du cercle²⁰⁵.

Le déroulement d'un cercle restauratif ressemble à celui des conférences; il est souvent délimité en phases avec un thème prédéfini, mais peut durer plus longtemps vu le nombre de participants (jusqu'à huit heures)²⁰⁶. Généralement et vu le nombre de participants, il est mené par plusieurs facilitateurs, appelés «gardiens du cercle». Dans un cercle, la phase introductive est particulièrement importante. Le facilitateur demande généralement aux participants de définir des valeurs à respecter dans le cadre du processus (respect, écoute, etc.)²⁰⁷ et leur permet d'établir d'abord une forme de relation, avant la discussion même autour de l'infraction²⁰⁸. Puis viennent les thèmes identiques à ceux de la conférence: le vécu de l'infraction par chacun des participants, ses conséquences, ce qui peut être fait pour y remédier²⁰⁹. A l'exception du cas particulier du cercle «de sentence», qui porte donc également sur la peine, il s'agit comme pour les conférences de trouver un accord sur la réparation des dommages subis par la victime et sur la meilleure manière de réintégrer l'auteur au sein de la communauté.

201 ROBERTS COATES, MARK UMBREIT et BETTY VOS, Restorative justice circles: An exploratory study, *Contemporary Justice Review* 2003, vol. 6(3), p. 265–278, p. 269.

202 PERRIER (note 192), p. 54.

203 Le cercle du centre sera composé des personnes les plus touchées par l'infraction, et celui de l'extérieur des membres de la communauté élargie. CHARLOTTE GROLIMUND, La pratique des cercles de sentence sur le territoire du Yukon au Canada: une approche réparatrice de la justice criminelle, Mémoire de master, Ecole de droit, UNIL, p. 6; V. HEINO LILLES, Circle Sentencing: Part of the Restorative Justice Continuum, in: Allison Morris and Gabrielle Maxwell (éds), *Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*, Londres 2001, p. 161–180, p. 163.

204 JACOTTET TISSOT/KAPFERER/MONA, (note 172), p. 1180; PERRIER (note 8), p. 55 s.

205 BARRY STUART et KAY PRANIS, Peacemaking circles: Reflections on principal features and primary outcomes, in: Dennis Sullivan et Larry Tift (éds), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Oxon/New York 2006, p. 121–133, p. 123.

206 LILLES (note 203), p. 164. Cas échéant, il peut également se tenir sur deux séances.

207 COATES/UMBREIT/VOS (note 201), p. 268.

208 STUART/PRANIS (note 205), p. 126 s.

209 COATES/UMBREIT/VOS (note 201), p. 268 ss.

d. *Autres pratiques*

Dans la mesure où chacun des trois processus décrits ci-dessus nécessite l'accord des deux parties au conflit, il peut être difficile de les mettre en place (auteur inconnu, refus d'une partie ou impossibilité de la joindre, abandon, etc.). D'autres pratiques ont dès lors vu le jour, afin de permettre tout de même aux personnes concernées d'avoir accès à une forme de justice restaurative. Ainsi, dans certains Etats, surtout anglo-saxons, il se tient des cercles de parole impliquant uniquement des victimes. De même, divers projets ont lieu dans des établissements pénitentiaires, visant à favoriser chez les détenus la prise de responsabilité et l'empathie pour les victimes²¹⁰.

Parmi ces autres pratiques, citons les «dialogues restauratifs», qui impliquent quant à eux la rencontre tant de victimes que d'auteurs. Le processus est différent des médiations, conférences et cercles en ce sens que les participants ne sont pas liés par l'infraction commise mais par un certain type d'infraction. Il ne s'agit donc pas pour un auteur de rencontrer «sa» victime (et inversement), mais plutôt une ou des victimes d'une infraction similaire (p.ex. agressions sexuelles). La discussion porte néanmoins sur les conséquences de l'infraction, les dommages qui en résultent, la prise de responsabilité de l'auteur et les actes concrets envisageables pour offrir une forme de réparation. Ces programmes sont le plus souvent mis en place dans des établissements de détention («Projets Sycomore» en Amérique du Nord, appelés «*Building Bridges*» en Europe); les détenus sont ainsi confrontés aux conséquences de leurs actes et encouragés à en endosser la responsabilité ainsi qu'à développer de l'empathie envers les victimes²¹¹. En Suisse alémanique, ce processus est utilisé à la prison de Lenzburg dans le canton d'Argovie²¹², et a récemment (fin 2019) été introduit dans le canton de Vaud, à la prison «Les Léchaïres», soit une prison spécialisée dans la prise en charge de mineurs et de jeunes adultes²¹³.

3. *Institutionnalisations possibles de ces processus*

L'utilisation de ces processus et leurs éventuels liens avec la justice pénale dépend d'abord du choix que fait chaque Etat dans la manière dont il les institutionnalise. Le législateur d'un Etat donné peut ainsi décider²¹⁴:

210 «Victim awareness and empathy programs», sur les processus de justice restaurative en prison, lire DANIEL W. VAN NESS, Prisons and restorative Justice, in: Gerry Johnstone et Daniel W. Van Ness (éd.), *Handbook of Restorative Justice*, Londres/New York 2007, p. 312–324.

211 Jaccottet Tissot/Haldimann (note 176), § 13.

212 CAMILLE QUEHEN, La médiation carcérale, un processus qui peine à trouver sa place en Suisse, *Infoprisons, Plateformes d'échanges sur la prison et la sanction pénale*, bulletin 22, mars 2018.

213 V. l'article paru dans le quotidien «24 Heures» le 19 septembre 2019: «Le Canton ose un premier pas vers le dialogue détenus victimes.»

214 IVO AERTSEN, Implementing restorative justice in Europe: achievements and challenges, in: Nicolas Queloz, Catherine Jaccottet Tissot, Nils Kapferer et Marco Mona (éds), *Mettre l'humain au centre du droit pénal: les apports de la justice restaurative*, Schulthess, Genève 2018,

- de prévoir de tels processus avant, pendant ou après la procédure pénale;
- d'imposer ou non aux autorités pénales d'informer les parties de cette possibilité;
- de laisser ou non le choix aux autorités pénales de proposer le processus aux parties;
- de suspendre ou non la procédure pénale pendant son déroulement;
- d'en faire un processus purement diversionnel, qui éteint la procédure pénale en cas d'aboutissement, ou un processus complémentaire, qui influence (ou non) la procédure pénale, selon un choix laissé au juge;
- de limiter l'usage de la justice restaurative aux cas impliquant un mineur délinquant, ou de la prévoir de façon générale en cas d'infraction pénale, quel que soit l'âge de l'auteur au moment des faits;
- de poser des conditions quant à la gravité du délit ou sa nature;
- d'exiger ou non, préalablement, l'admission des faits par l'auteur;
- de réglementer les conditions d'exercice du métier de facilitateur;
- de créer des services dédiés à la mise en œuvre de ces processus ou de la confier à des indépendants, cas échéant sous certaines conditions (formation et déontologie);
- de limiter les informations et les données adressées au facilitateur;
- de rendre confidentiels les échanges intervenus dans ces processus et de soumettre le facilitateur au secret professionnel;
- de réglementer la prise en charge des coûts du processus;
- etc.

Ces choix sont avant tout politiques. Un processus de justice restaurative peut avoir lieu à n'importe quelle étape de la procédure pénale, avant ou après jugement, et être bénéfique aux parties quelle que soit la nature de l'infraction ou sa gravité, et qu'elle ait été commise par un mineur ou un adulte²¹⁵.

En pratique, il est fréquent qu'un Etat commence par prévoir un processus de justice restaurative pour les mineurs, comme un processus diversionnel, qui en cas d'aboutissement met fin à la procédure pénale (ainsi en Suisse ou en Belgique pour la médiation pénale, ou en Nouvelle-Zélande pour les conférences de groupe familial). Toutefois, cette manière de procéder condamne ces processus à se limiter à des infractions mineures²¹⁶. Il arrive cependant par la suite que de tels processus soient étendus aux adultes, puis s'inscrivent en complément de

p. 43–60, p. 49. Sur le sujet, v. ég. PERRIER (note 8), p. 220 ss sur la manière dont les cantons ont institutionnalisé la médiation pénale pour mineurs.

215 V. ci-après, chiffre 4.

216 CHRISTA PELIKAN et THOMAS TRENCEK, Victim offender mediation and restorative justice: The European landscape, in: Dennis Sullivan et Larry Tiftt (éds), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Oxon/New York 2006, p. 63–90, spécialement p. 84 s. Dans le même ouvrage, MARK S. UMBREIT, ROBERT B. COATES et BETTY VOS, Victim offender mediation: An evolving evidence-based practice, in: Dennis Sullivan et Larry Tiftt (éds), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Oxon/New York 2006, p. 52–62, p. 54 (même constat).

la procédure pénale (avant, en parallèle ou après celle-ci), avec pour but premier de permettre la reconstruction de la victime et la responsabilisation de l'auteur. La possibilité d'influencer le sort de l'action pénale n'est qu'accessoire²¹⁷. La réglementation tourne ensuite autour des questions annexes (information des parties, accès au métier de facilitateur, confidentialité du processus, frais, etc.)²¹⁸. Le cas de la Belgique est à cet égard emblématique; la médiation pénale y a été instaurée d'abord pour les mineurs, puis étendue aux adultes en 1994, mais toujours comme processus diversionnel. Ainsi limitée aux cas de faible gravité, la justice restaurative a été introduite beaucoup plus largement en 2005, sous forme de «médiation réparatrice», disponible en tout temps, sans limite quant à la nature ou la gravité des cas²¹⁹. La Belgique est ainsi devenue le pays d'Europe qui permet l'un des usages les plus étendus de la justice restaurative, sans toutefois prétendre à ce qu'elle supplante la justice pénale dans le traitement des infractions.

4. Effets et résultats d'études criminologiques

Les processus de justice restaurative ont été abondamment étudiés et évalués, en particulier quant à leur capacité à réinsérer les auteurs d'infraction (on a en effet comparé les taux de récidive avec ou sans justice restaurative, mais on a également cherché ce qui pouvait amener les auteurs à entrer dans un processus de désistance). Ont également été évaluées la satisfaction et la réparation des victimes et des auteurs. Nous présentons ici brièvement les conclusions de ces études criminologiques, effectuées depuis plusieurs décennies. Il s'agit de résultats essentiellement tirés de méta-analyses ou de «reviews», soit des études qui condensent les conclusions de plusieurs recherches²²⁰. Ajoutons encore que les programmes évalués s'inscrivent tant en alternative qu'en seul complément de la justice pénale (en plus d'une peine ou pendant l'exécution de celle-ci, par exemple) et sont effectuées avec des auteurs aussi bien mi-

217 Ainsi en Belgique, avec la «médiation réparatrice» en opposition à la «médiation pénale», v. PERRIER (note 8), p. 139 ss; PELIKAN/TRENCZEK (note 216), p. 85.

218 AERTSEN (note 214), p. 48 s.

219 Sur la question, v. PERRIER (note 8), p. 135 à 168.

220 LAWRENCE W. SHERMAN, HEATHER STRANG, EVAN MAYO-WILSON, DANIEL J. WOODS et BARAK ARIEL, Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review, *J Quant Criminol* (2015) 31, p. 1–24; HEATHER STRANG, LAWRENCE W. SHERMAN, EVAN MAYO-WILSON, DANIEL J. WOODS et BARAK ARIEL, Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review, *Campbell Systematic Reviews Volume9, Issue1*, 2013, p. 1–59; LAWRENCE SHERMAN et HEATHER STRANG, Restorative justice: the evidence, The Smith Institute, Londres, 2007, 62 ss.; JEFF LATIMER, CRAIG DOWDEN et DANIEL MUISE, The effectiveness of restorative justice practices: A meta-analysis, *The Prison Journal* Vol. 85 No. 2, uin 2005, p. 127–144; WILLIAM R. NUGENT, MONA WILLIAMS et MARK UMBREIT, Participation in Victim-Offender Mediation and the Prevalence and Severity of Subsequent Delinquent Behavior: a Meta-Analysis, *Utah Law Review* 2003, p. 137–166 (15 études, 9307 auteurs).

neurs qu'adultes. Or, ces deux paramètres (adultes-mineurs ou complément-alternative) n'ont pas d'incidence sur les résultats présentés ci-dessous²²¹. En particulier, la justice réparatrice ne fonctionne pas «mieux» avec les mineurs.

a. Récidive, réduction des coûts et désistance

Une méta-analyse de 2007, combinant les résultats de 25 études effectuées à travers le monde et concernant au total 4741 auteurs d'infractions, a montré que le passage par un processus de justice restaurative (aux côtés ou en lieu et place d'une procédure pénale) réduisait le taux de récidive de façon systématique, lorsque l'infraction en cause était une infraction impliquant de la violence (non une simple infraction contre la propriété)²²². Une autre méta-analyse, plus récente (datée de 2013), et basée sur 10 études impliquant 1879 auteurs d'infraction, a mis en évidence une baisse systématique du taux de récidive pour les auteurs ayant eu accès à un processus de justice restaurative, quel que soit le type de l'infraction. Le pourcentage de baisse calculé en méta-analyse est de 7%, mais certaines recherches reprises dans l'analyse arrivaient à une baisse de 45%²²³. Les autres *reviews* et méta-analyses que nous avons pu consulter (datées de 2003 et 2005) arrivent à la même conclusion: la justice restaurative est associée à un taux plus faible de récidive (également de l'ordre de 7%) et, lorsque récidive il y a, les infractions commises sont de plus faible gravité²²⁴. On peut donc prudemment conclure que la mise en place de processus de justice restaurative réduit au moins faiblement, mais de façon statistiquement significative, le risque de récidive de l'auteur et améliore ainsi sa réinsertion.

La seconde méta-analyse citée ci-dessus a également calculé le coût le plus plausible de la récidive ainsi évitée (de 7%) et l'a comparé aux coûts de la mise en place de programmes de justice restaurative. Les chercheurs ont ainsi démontré, au moyen de sept études conduites au Royaume-Uni, que chaque *pound* investi dans la justice restaurative impliquait une économie de 3.7 à 8.1 *pounds* en termes de coûts de récidive²²⁵.

221 PERRIER (note 8), p. 78 à 81 et les références citées.

222 SHERMAN/STRANG (note 220), p. 68 ss.

223 STRANG/SHERMAN/MAYO-WILSON/WOODS/ARIEL (note 220), p. 12.

224 NUGENT/WILLIAMS/UMBREIT (note 220), p. 161 ss (étude qui met en avant la nature de la récidive et la plus faible gravité des actes commis après le processus de justice restaurative chez les délinquants mineurs); LATIMER/DOWDEN/MUISE (note 220), spécialement p. 138 ss, concluent également à des baisses de récidive mais mettent en garde contre le biais d'autosélection inhérent à la justice restaurative. En effet, seuls les auteurs qui acceptent de participer à un tel programme y entrent; ils sont donc probablement plus motivés à sortir de la voie criminelle (on peut parler également de «bons risques»). Or, les méta-analyses plus récentes citées sous note 220 ont exclu ce biais et arrivent néanmoins à une baisse de récidive de l'ordre de 7%.

225 SHERMAN/STRANG/MAYO-WILSON/WOODS/ARIEL (note 220).

Soulignons encore que la récidive n'est pas le seul indicateur de la réinsertion du délinquant²²⁶. La justice restaurative a également un impact important sur la désistance, c'est-à-dire le processus qui conduit un criminel à cesser de commettre des infractions. A cet égard, l'image que le criminel se fait de lui-même et de son acte est décisive. Pour s'engager sur le chemin de la désistance, il importe que l'auteur regrette l'infraction, souhaite vivre sans en commettre à nouveau et, en outre, ait le sentiment qu'il soit capable d'être à l'avenir une personne honnête. Une étude a démontré que les processus de justice restaurative aident les auteurs à prendre conscience de la gravité de leur acte (et donc à exprimer des regrets) et qu'ils les soutiennent dans l'idée qu'ils sont aptes à réparer et à ne plus récidiver²²⁷. Le but est de dissocier l'acte de l'auteur; on réprouve l'acte, mais on ne met pas l'auteur à l'écart: ce dernier peut et doit réparer²²⁸.

b. Réinsertion et satisfaction des victimes et des auteurs d'infractions

A l'égard des victimes, la justice restaurative est spécialement bénéfique lorsque des crimes graves sont en cause²²⁹. En effet, plusieurs études démontrent que les victimes, au cours d'un processus de justice restaurative, ont l'occasion de comprendre les circonstances du crime et d'y obtenir une reconnaissance de leurs souffrances. Elles expriment même un sentiment de libération et ne regrettent pas leur participation²³⁰. En outre, les victimes ayant participé à un processus de justice restaurative présentent un score plus faible à des tests mesurant le stress post-traumatique que celles n'y ayant pas eu accès. Elles retournent en outre significativement plus rapidement travailler si elles ont pris part à un programme de justice restaurative que si elles n'ont eu accès qu'à une procédure pénale usuelle²³¹. Il semble donc que la réinsertion des victimes soit améliorée avec la mise en œuvre d'un processus de justice restaurative.

226 On peut en effet très bien imaginer un trafiquant de drogue dure qui arrête son trafic mais commet un excès de vitesse; on parlera alors de récidive, alors qu'il est déjà engagé sur un processus de désistance.

227 BART CLAES et JOANNA SHAPLAND, Desistance from crime and restorative justice, *Restorative Justice*, Vol. 4/3 (2016), p. 302–322.

228 Idée exprimée par John Braithwaite sous les termes de «reintegrative shaming», c'est-à-dire faire honte à l'auteur de son acte, mais en le réintégrant à la communauté en l'associant au processus de réparation du mal commis, v. JOHN BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.

229 MARK S. UMBREIT, BETTY VOS, ROBERT B. COATES et MARILYN P. ARMOUR, Victims of Severe Violence in Mediated Dialogue with Offender: The Impact of the First Multi-Site Study in the U.S, *International Review of Victimology*, Vol. 13/1 (2016), p. 27–48.

230 SARA-EVE CHARRETTE-DUCHESNEAU, L'expérience des victimes et du médiateur impliqués dans un processus de médiation pour des crimes «graves» au Québec, Université de Montréal, 2009, 174 ss.

231 CAROLINE M. ANGEL, LAWRENCE W. SHERMAN, HEATHER STRANG, BARAK ARIEL, SARAH BENNETT, NOVA INKPEN, ANNE KEANE et THERESE S. RICHMOND, Short-term effects of restorative justice conferences on post-traumatic stress symptoms among robbery and burglary victims:

Enfin et de manière générale, les victimes sont toujours très majoritairement satisfaites des processus de justice restaurative, dont elles indiquent qu'il leur paraît «juste». En plus d'obtenir des réponses à leur questions et une forme de reconnaissance, les victimes soulignent qu'elles ont le sentiment de reprendre le contrôle de leur vie en ayant le courage de rencontrer l'auteur et de régler elles-mêmes les conséquences de l'infraction. Elles apprécient particulièrement le fait que la justice restaurative leur laisse le choix (de participer, de continuer, de la manière dont elle est mise en place, etc.)²³². En cas de comparaison avec la justice criminelle sur leur perception de la manière dont leur affaire a été traitée, les victimes montrent toujours un taux de satisfaction plus élevé après un processus de justice restaurative qu'après un procès pénal uniquement²³³. On note encore que l'accord conclu en justice restaurative a statistiquement plus de chances d'être exécuté qu'un jugement pénal qui condamnerait l'auteur à verser une indemnisation à la victime²³⁴.

Quant aux auteurs d'infractions, la recherche a démontré qu'ils souhaitent participer à un processus de justice restaurative tant pour des motifs altruistes qu'égoïstes. Il s'agit à la fois de prendre la responsabilité de leurs actes, de présenter leurs excuses et de tenter d'indemniser la victime, mais également de «tourner la page» et d'en finir avec les conséquences de l'infraction²³⁵. Pour eux également, le taux de satisfaction est élevé (entre 80 et 97%, suivant les études)²³⁶ et plus élevé en comparaison avec leur ressenti à l'égard de la justice pénale²³⁷. De même, le sentiment de justice est ressenti par plus de 80% des auteurs à l'issue d'un processus de justice restaurative²³⁸.

Ces nombreuses recherches démontrent que la justice restaurative, en complément de la justice pénale, a des effets très bénéfiques pour les victimes tout d'abord (elles y obtiennent réponses, reconnaissance, réparation et y trouvent satisfaction), effets que la procédure pénale ne permet pas toujours d'obtenir, ou le cas échéant dans une moindre mesure. En outre, la justice restaurative réduit le risque de récurrence, même si cela n'est que faiblement, accompagne les auteurs sur le chemin de la désistance et implique de ce fait des économies non

a randomized controlled trial, *Journal of Experimental Criminology* Vol. 10 (2014), p. 291–307; CAROLINE M. ANGEL, *Crime victims meet their offenders: Testing the impact of restorative justice conferences on victims' post-traumatic stress symptoms*, thèse, 2005.

232 SHERMAN/STRANG (note 220), p. 62 ss; TINNEKE VAN CAMP et JO-ANNE WEMMERS, *Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice*, *International Review of Victimology*, 19/2 (2013), p. 117–143.

233 VAN CAMP/WEMMERS, (note 232).

234 LATIMER/DOWDEN/MUISE (note 220), p. 137, qui démontrent dans une méta-analyse un taux de respect de l'accord (vis-à-vis d'un jugement) plus important de l'ordre d'un tiers (33%).

235 UMBREIT/COATES/VOS, (note 216), p. 56.

236 MARK S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation*, San Francisco 2001, p. 164 ss.

237 LATIMER/DOWDEN/MUISE (note 220), p. 136.

238 UMBREIT (note 236), p. 167.

négligeables en termes de coût de la justice, quand bien même elle suppose un investissement dans sa mise en œuvre.

II. Intégration de la justice restaurative en droit suisse

Au vu des impressionnants résultats constatés par la recherche criminologique, il nous semble donc utile et nécessaire d'instaurer des processus de justice restaurative en droit suisse, et de façon plus générale.

Toutefois, il faut se garder d'y voir systématiquement une *alternative* à la justice pénale, en ce sens que l'accord devrait permettre à l'auteur d'échapper à une sanction²³⁹. Comme nous avons pu le constater en examinant la conciliation prévue par l'art. 316 CPP ou la médiation pénale prévue en procédure pénale des mineurs, une telle manière d'instituer ces règlements amiables réduit considérablement leur champ d'application. Or, cela est regrettable, car la recherche a démontré que la justice restaurative était particulièrement bénéfique aux victimes lorsque l'infraction était sérieuse et impliquait de la violence. En outre, la réduction du risque de récidive est plus marquée dans ces mêmes cas²⁴⁰. Il s'agit donc d'ouvrir la possibilité de la justice restaurative de façon large et de ne jamais lier l'issue de la procédure pénale à son résultat. Une telle manière de faire laisserait le monopole de la justice pénale à l'Etat, sans toutefois empêcher les autorités pénales de tenir compte d'un accord intervenu, pour autant que celui-ci réduise aux yeux des magistrats l'intérêt public au prononcé d'une sanction.

Actuellement, seules les victimes de prévenus mineurs peuvent bénéficier de la justice restaurative, et dans une mesure très restreinte. Pour étendre le champ d'application de la médiation pénale aux auteurs adultes, il suffirait d'inclure dans le Code de procédure pénale une disposition similaire à celle de l'art. 17 PPM²⁴¹. A notre sens, il faudrait prévoir la possibilité, en tout temps, pour le magistrat et les parties, de proposer ou de demander un processus de justice restaurative (non uniquement une médiation pénale). Afin que la justice restaurative soit possible également en dehors d'une procédure pendante, il faudrait également prévoir une modification du Code pénal, en particulier des articles concernant la fixation de la peine et l'exécution de celle-ci. Les nouvelles dis-

239 La recommandation du Conseil de l'Europe va également en ce sens, puisqu'elle enjoint aux Etats de réglementer la justice restaurative en prévoyant qu'elle «puisse» avoir une conséquence sur la procédure pénale (pt. 21) mais en laissant une totale liberté aux autorités pénales quant au sort de l'action publique (pt. 32), v. Recommandation CM/Rec(2018)8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (adoptée par le Comité des Ministres le 3 octobre 2018, lors de la 1326e réunion des Délégués des Ministres).

240 SHERMAN/STRANG (note 220), spécialement p. 88 où les auteurs résument les résultats de leur recherche.

241 Notons que cela était prévu dans le projet de Code de procédure pénale, à l'art. 317 p-CPP, mais uniquement pour la médiation pénale, non pour les autres processus. Sur l'échec de cette disposition, après d'âpres et longues discussions au Parlement, v. PERRIER (note 8), p. 195 ss; FALLER, (note 98).

positions porteraient non seulement sur la possibilité d'avoir recours à la justice restaurative en exécution de peine, mais également sur les conséquences d'un éventuel accord entre le lésé et le prévenu, en laissant aux magistrats une liberté totale quant à l'opportunité d'en tenir compte. Enfin, la LAVI devrait également être modifiée, afin d'accorder un droit aux victimes de demander la mise en œuvre d'un processus de justice restaurative²⁴².

Parmi les informations données aux victimes ainsi qu'aux prévenus ou détenus, il devrait également figurer des informations portant sur la justice restaurative, la possibilité d'y avoir recours et la marche à suivre pour y avoir accès. Une modification du CPP en ce sens, par exemple des art. 158 CPP (informations à donner au prévenu lors de la première audition) et 305 CPP (information de la victime) serait souhaitable. La Belgique a par ailleurs adopté une telle règle, à l'article 553 § 2 de son Code d'instruction criminelle²⁴³.

La loi devrait également régler le sort des frais de la justice restaurative. A notre sens et pour autant que le processus intervienne en amont d'une décision judiciaire, le coût de la justice restaurative devrait entrer dans les frais de procédure et faire l'objet d'une décision judiciaire, à l'instar de ce qui prévaut en cas d'expertise. Ils seraient ainsi supportés soit par les parties, soit laissés à la charge de l'Etat. Nous sommes néanmoins favorable à ce que la justice restaurative soit gratuite pour les parties, pour en encourager l'utilisation. En dehors d'une procédure pendante, le coût financier de la justice restaurative ne serait pas démesuré; en effet et à titre d'exemple, les médiateurs pénaux travaillent sur la base d'un tarif horaire de l'ordre de 150 francs environ (réduit à 80 francs pour le travail administratif)²⁴⁴ (140 francs à Neuchâtel) et, en moyenne, une médiation pénale se tient sur une fourchette de deux à trois séances d'une heure à une heure et demie²⁴⁵. Soulignons encore que la recherche a démontré que les processus de justice restaurative réduisent la récidive et qu'il en résulte une baisse substantielle des frais de justice²⁴⁶. En outre, la justice restaurative assure une meilleure (et plus rapide) réinsertion des victimes, ce qui implique nécessairement une baisse du coût de leur prise en charge par la Collectivité (frais médicaux, prestations des assurances sociales et privées, frais de la LAVI, etc.).

242 Elément déjà suggéré par CATHERINE JACCOTTET TISSOT et PASCALE HALDIMANN, Le droit à des processus restauratifs dans l'aide aux victimes, in: Jusletter 23 octobre 2017, spécialement N 26 ss concernant les propositions concrètes de modification de la LAVI.

243 «Le ministère public, le juge d'instruction, les juridictions d'instruction et le juge veillent à ce que les parties impliquées dans une procédure judiciaire soient informées sur la possibilité de demander une médiation. Pour autant qu'ils l'estiment opportun dans des dossiers concrets, ils peuvent eux-mêmes proposer une médiation aux parties.»

244 V. par exemple l'article 13 du Règlement vaudois du 22 juin 2010 sur la médiation dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs (RMPPM), RSV 312.05.5.

245 SDM-FSM, Enquête Médiation Suisse 2014, p. 6–7. Ce sondage est disponible sur le site Internet de la Fédération suisse des Associations de Médiation (SDM-FSM), <www.mediation-ch.org> (février 2020).

246 SHERMAN/STRANG/MAYO-WILSON/WOODS/ARIEL (note 220).

Conformément à l'art. 123 al. 2 Cst., l'organisation des «instances» de justice restaurative doit être laissée aux cantons. Il leur incombe en particulier de décider si les médiateurs ou facilitateurs doivent être indépendants de l'Etat (à l'instar de ce qui prévaut dans le canton de Vaud pour les médiateurs pénaux) ou intégrés dans un service dédié (comme à Fribourg le «bureau de la médiation pénale pour mineurs»). La législation fédérale devrait toutefois poser trois conditions quant à l'accès à l'exercice du métier de facilitateur: (1) une formation appropriée, (2) l'indépendance vis-à-vis des autorités pénales et (3) l'impartialité à l'égard des parties²⁴⁷.

Enfin, concernant le déroulement du processus lui-même, la loi (par là on entend le relais législatif à insérer dans le CPP) devrait définir la justice restaurative, préciser et limiter les informations transmises aux facilitateurs et assurer la totale confidentialité des échanges, sous réserve de l'accord de l'ensemble des parties quant à une éventuelle communication aux autorités.

Il nous paraît que ces modifications législatives sont de faible ampleur et que l'institutionnalisation de la justice restaurative ne serait pas particulièrement coûteuse ni complexe.

E. Conclusion

Les modes amiables de résolution des conflits en matière pénale ont toujours existé. L'histoire du procès pénal est jalonnée de nombreuses possibilités pour l'auteur et la victime d'une infraction de s'entendre et de trouver une solution à leur conflit. Avec l'avènement de la procédure inquisitoire et l'instauration d'un monopole de la justice à l'Etat, ils ont perdu en importance mais ont néanmoins conservé une place en procédure pénale et en droit pénal matériel.

La conciliation, la médiation pénale et, dans une mesure discutable, la procédure simplifiée donnent la possibilité au prévenu et au lésé de régler leur différend à l'amiable. L'accord qui intervient entre eux peut, sous certaines conditions, être «valorisé» sur la sanction à prononcer contre l'auteur, en la réduisant ou en permettant aux autorités pénales d'y renoncer. Toutefois, ces procédures diversionnelles, restreintes aux affaires de faible importance, ne peuvent être mises en œuvre que sur l'initiative des autorités pénales. Celles-ci décident presque librement de tenir compte de leur résultat.

La justice restaurative ouvre un champ nouveau de possibilités. Ses processus permettent à toutes les personnes touchées par une infraction pénale de décider ensemble du meilleur moyen de remédier aux conséquences de l'infraction, dans un espace sécurisé par un tiers spécifiquement formé à cet effet. La

247 V. à cet égard les points 36 à 49 de la Recommandation CM/Rec(2018)8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale (note 239), qui détaillent l'importance de la formation et de l'impartialité des facilitateurs.

recherche criminologique a évalué ces processus et démontré leur utilité, en termes de reconstruction des victimes, de réinsertion des auteurs d'infraction ainsi que de réduction des risques de récidive et des coûts qui y sont liés.

Il est donc non seulement souhaitable, mais également possible d'instaurer la justice restaurative en Suisse de façon plus générale, en ne la limitant pas à la médiation pénale applicable aux mineurs délinquants. Les quelques changements législatifs que cette (demi) innovation suppose ne sont guère complexes. Les frais de justice supplémentaires liés à la mise en œuvre de ces processus seraient largement compensés par le gain qu'ils impliquent en termes de baisse des coûts de la récidive, sans compter les économies liées à la meilleure prise en charge des victimes que la justice restaurative permet.

Verhandlung statt autoritativer Vollzug?

Über konsensuales Verwaltungshandeln und konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht

ANDREAS STÖCKLI*

* Prof. Dr. iur. Andreas Stöckli, Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg. Für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise danke ich Andre Spielmann, Rechtsanwalt, sowie meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter Noah Grand, MLaw.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	156
B.	Grundlagen	160
	I. Wandel der Staatsaufgaben und Veränderung der Aufgabenwahrnehmung durch die Verwaltung	160
	II. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln als Verfassungsgebot?	164
	III. Merkmale des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns	165
	1. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln – Begriffliche Annäherung	165
	2. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln als formelle oder informelle «Handlungsform» (und nicht bloss «Verfahrensmodus»); Verhältnis zu einseitig-hoheitlichen Verfahren	168
	3. Akteurkonstellationen	171
	4. Kooperation und Konsens als «Alternative Mechanismen der Streitbeilegung» im Verwaltungsrecht	173
	IV. Vorzüge und Gefahren	175
	1. Vorzüge	175
	a. Umgang mit Komplexität, Verhinderung von Vollzugsdefiziten, Gewinn an Effektivität und Effizienz	175
	b. Kompensation für eine geringere rechtssatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns, Abbau von Rechtsunsicherheit	178
	c. Vermeidung von (langwierigen) Rechtsstreitigkeiten, Beschleunigung von Verfahren	179
	d. Erhöhung der Akzeptanz bei den Betroffenen	180
	e. Ausdruck einer neuen Verwaltungskultur	181
	f. Weitere Vorzüge	181
	2. Gefahren und Kritik	182
	a. Relativierung des Legalitätsprinzips und des Gebots rechtsgleicher Rechtsanwendung	183
	b. Selektive Interessenberücksichtigung	183
	c. Gefährdung von Rechten Dritter	184
	d. Behinderung zügiger Verwaltungstätigkeit	185
	e. Fehlende Transparenz, Erschwerung von Kontrolle	186
	f. Distanzverlust	186
	g. Weitere Gefahren und Kritik	187
C.	Formen und Einsatzbereiche	188
	I. Formenwählermessen	188
	II. Übersicht über die einzelnen Formen	191
	1. Verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Vertrag	192
	2. Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns	196
	3. Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verfahren	198
	a. Vorabsprachen	200
	b. Verständigungen als Verfügungsgrundlage	203
	4. Schlichtung und Vergleich im Rechtsmittelverfahren	210
	5. Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren	215
	6. Ombudsstelle	219
	7. Besondere Schlichtungsstellen und Schlichtungsverfahren	220
	III. Einsatzbereiche	222

D.	Rahmenbedingungen und Schranken	224
I.	Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz von kooperativen und konsensualen Handlungsformen	224
1.	Anforderungen an die Beteiligten	225
2.	Anforderungen an die Art des Konflikts	226
3.	Verhandlungsspielraum	227
a.	Sachverhaltsfeststellung	227
b.	Rechtsanwendung	229
4.	Verfahrensrechtlicher Spielraum und Transparenz	231
II.	Rechtsstaatliche Prinzipien als Rahmenbedingungen und Schranken	232
1.	Gesetzesmässigkeitsprinzip	234
2.	Öffentliches Interesse	236
3.	Verhältnismässigkeitsprinzip	238
4.	Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot	239
5.	Grundsatz von Treu und Glauben	241
6.	Verfahrensgarantien	242
7.	Verfahrensgrundsätze	247
8.	Fazit	249
E.	Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	251

A. Einleitung

Obwohl die Politik in der Schweiz seit jeher von einer ausgesprochenen Konsenskultur geprägt ist, stiessen vertragliche oder auf Einvernehmen beruhende hoheitliche Regelungen von verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen noch bis weit ins 20. Jahrhundert hinein auf erhebliche Bedenken, wenn nicht gar auf schroffe Ablehnung. Prägnant brachte diese Sichtweise ZACCARIA GIACOMETTI in den 1960 erschienenen «Allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts» zum Ausdruck: «Über öffentlichrechtliche Gegenstände gibt es jedoch kein Paktieren zwischen Imperiumsträger und Privatpersonen.»¹ Dieses Verständnis hat das Denken von Juristinnen und Juristen über Jahrzehnte hinweg geprägt.² Nachdem Verhandlungs- und Vertragselemente in der

1 ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S.443; vgl. auch WALTER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944, S.67; FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S.211 f. Vgl. zur Entwicklung von Lehre und Praxis zum verwaltungsrechtlichen Vertrag in der Schweiz ANDREAS ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert, Habil. Freiburg, Bern/Stuttgart 2010, S.330 ff.; vgl. auch MAX IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, ZSR 77 (1958) II, S.1a–218a, S.30a ff.; HENRI ZWAHLEN, Le contrat de droit administratif, ZSR 77 (1958) II, S.461a–663a, S.471a ff.

2 Kritisch in Bezug auf den subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrag etwa auch noch FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986, S.208 f. Die Stimmen, die dem vertraglichen bzw. kooperativen Handeln der Verwaltung gegenüber kritisch eingestellt sind, sind seither deutlich leiser geworden, sie sind aber nicht gänzlich verstummt; vgl. z.B. PIERRE TSCHAN-

Rechtspraxis stetig an Bedeutung gewonnen, kam gegen Ende des 20. Jahrhunderts auch in der Schweizer Rechtslehre die Forderung auf, dass der Staat bzw. die Verwaltung mit den Rechtsunterworfenen vermehrt das Gespräch suchen und mit ihnen partnerschaftlich und einvernehmlich Rechtsverhältnisse regeln und Streitigkeiten beilegen müsse.³ In jüngerer Zeit hat die Idee einer vermehrt auf der Grundlage von Verhandlungen und Zusammenarbeit operierenden Verwaltung ihren Ursprung wohl in den Vereinigten Staaten⁴, wobei das Postulat in der Folge insbesondere in Deutschland⁵ und in anderen europäischen Staaten aufgenommen worden ist.⁶ Die rechtswissenschaftliche Diskussion in der Schweiz über das «kooperative», «partizipative», «integrative», «paktie-

NEN, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bern 2008, Rz. 142; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014, § 28 Rz. 15; vgl. auch MARKUS MÜLLER, *Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung*, Bern 2010, S. 42.

- 3 Vgl. PAUL RICHLI, *Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht*, ZBl 92 (1991), S. 381–406; vgl. auch KURT EICHENBERGER, *Gewandelte Staatlichkeit im entfaltenen Leistungsstaat, Kooperatives Zusammenwirken zwischen Staat und Bürger*, NZZ vom 4. 10. 1990, S. 77 f.; ANDREAS KLEY, *Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung*, Habil. St. Gallen, Zürich 1995, S. 314 ff.; CHARLES-ALBERT MORAND, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit*, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), *L'Etat propulsif*, Paris 1991, S. 181–219.
- 4 Vgl. auch AUGUST MÄCHLER, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege*, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 76; HANSPETER PFENNINGER, *Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts*, Diss. Freiburg, Freiburg 1996, S. 39 ff., der allerdings darauf hinweist, dass auch die Schweizerische Nationalbank – einer Entwicklung in den Vereinigten Staaten folgend – bereits in den 1920er Jahren zu Formen der informell-konsensualen Kooperation griff; RICHLI (Fn. 3), S. 383. Siehe zur US-amerikanischen Diskussion in den 1980er und 1990er Jahren: LAWRENCE SUSSKIND/JEFFREY CRUIKSHANK, *Breaking the Impasse, Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, New York 1987; LAWRENCE SUSSKIND/GERARD MCMAHON, *Theorie und Praxis ausgehandelter Normsetzung in den USA*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Band I, Baden-Baden 1990, S. 67–95. Vgl. auch den vom US-amerikanischen Kongress im Jahr 1989 erlassenen «Administrative Dispute Resolution Act», der 1996 erneuert wurde (Pub. Law 104–320 [amending Pub. Law 101–552 and Pub. Law 102–354]).
- 5 Vgl. etwa das von WOLFGANG HOFFMANN-RIEM und EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN im Jahr 1990 herausgegebene Werk «Konfliktbewältigung durch Verhandlungen» oder die (politikwissenschaftliche) Habilitationsschrift von ARTHUR BENZ, *Kooperative Verwaltung, Funktionen, Voraussetzungen und Folgen*, Baden-Baden 1994. Vgl. auch MARKUS KALTENBORN, *Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Habil. Bochum, Baden-Baden 2007; HERMANN PÜNDER, *Kooperation statt Konfrontation*, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 1–34; HELGE ROSSEN-STADTFELD, *Die verhandelnde Verwaltung – Bedingungen, Funktionen, Perspektiven*, *Verwaltungsarchiv* 97 (2006), S. 23–48; JENS-PETER SCHNEIDER, *Kooperative Verwaltungsverfahren*, *Verwaltungsarchiv* 87 (1996), S. 38–67.
- 6 Vgl. auch die Hinweise bei MÄCHLER (Fn. 4), S. 76 f. Vgl. zur Situation von «Alternative Dispute Resolution» im Verwaltungsrecht in der EU und in den einzelnen Staaten der EU die Beiträge im Sammelband von DACIAN C. DRAGOS/BOGDANA NEAMTU (Hrsg.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin/Heidelberg 2014. Vgl. auch die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats Rec(2001)9 «on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties» (verabschiedet am 5. September 2001).

rende», «konsensuale» oder «einvernehmliche» Verwaltungshandeln und Verwaltungsverfahren ist seither nicht abgeflacht.⁷ Kooperationen zwischen Verwaltung und Privaten werden auch in jüngster Zeit zu den bedeutenden Entwicklungen des Verwaltungsrechts gezählt.⁸ Sie sind Bestandteil der namentlich in Deutschland geführten Kontroversen über die reformorientierte bzw. «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft», welche die Steuerungsperspektive in den Vordergrund rückt und mit der sich auch die schweizerische Verwaltungsrechtslehre beschäftigt.⁹ In einem erst kürzlich erschienenen schweizerischen Lehrbuch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht wird das «Kooperationsprinzip» – neben den «traditionellen» Grundsätzen des Verwaltungsrechts – zu einem wei-

-
- 7 Aus der grossen Fülle an Literatur zum kooperativen Verwaltungshandeln und zur konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht (mit unterschiedlichem Fokus) etwa ANDREAS ABEGG, *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, Habil. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009; JEAN-LUC BAECHLER/IVAN JABBOUR, *La médiation et la conciliation en droit administratif*, *Tour d'horizon*, ZBI 120 (2019), S. 235–259; FRANÇOIS BELLANGER/AURÉLIE GAVILLET, *La résolution amiable des différends en matière administrative*, in: Jean A. Mirimannoff (Hrsg.), *La résolution amiable des différends en Suisse, Interaction entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Bern 2016, S. 145–170; MICHELE GUTH, *Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017; CHRISTINE GUY-ECABERT, *Procédure administrative et médiation, Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation*, Diss. Neuenburg, Zürich/Basel/Genf 2002; PETER HÖSLI, *Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002; MÄCHLER (Fn. 4); PANDORA NOTTER, *Mediation im Verwaltungsverfahren*, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2013; ALEXIS OVERNEY, *La médiation en matière administrative*, in: Jean A. Mirimannoff (Hrsg.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Basel 2011, S. 191–213; PFENNINGER (Fn. 4); THOMAS PFISTERER, *Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht («konferieren statt prozessieren»)*, ZSR 121 (2002) II, S. 169–315; die Beiträge im *Sammelband von THOMAS PFISTERER (Hrsg.), Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich*, Zürich/Basel/Genf 2004; sowie die zahlreichen weiteren Beiträge dieses Autors zum Thema (vgl. an anderen Stellen in diesem Beitrag und im Literaturverzeichnis); GERHARD SCHMID, *Kooperatives Verwaltungshandeln*, in: *Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), Festgabe Walter Straumann*, Solothurn 2013, S. 489–498; DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen 2013, passim.
- 8 Vgl. ANDREAS LIENHARD, *Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht, Beobachtung aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive*, in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fargnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), *Berner Gedanken zum Recht*, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 349–379, S. 354 f.
- 9 Vgl. JAN PHILIPP SCHAEFER, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Kontroversen reformorientierter Verwaltungsrechtswissenschaft*, Habil. Heidelberg, Tübingen 2016, S. 244 ff.; vgl. zur «Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft» ANDREAS VOSSKUHLE, § 1 *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl.*, München 2012, S. 1–63; vgl. dazu aus schweizerischer Perspektive LORENZ ENGI, «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft» und schweizerisches Verwaltungsrecht, ZBI 111 (2010), S. 153–161; ANDREAS LIENHARD, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft?, Vom Sinn und Unsinn des Neuen*, AJP 2010, S. 1381–1393.

teren «Grundsatz und Leitbild» des Verwaltungsrechts erhoben.¹⁰ Das Anliegen einer vermehrt einvernehmlich agierenden und konsensual-streitschlichtenden Verwaltung bzw. Verwaltungsjustiz wurde auch von den Gesetzgebern von Bund und Kantonen aufgenommen, indem in allgemeinen Verfahrenserlassen¹¹ und in Spezialgesetzen¹² entsprechende Regelungen geschaffen worden sind.

Es haben sich verschiedene Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen Streitbeilegung¹³ im Verwaltungsrecht herausgebildet, die vom verwaltungsrechtlichen Vertrag und der informellen Absprache über die Verständigung und Mediation in förmlichen Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren bis zu Verfahren vor Ombudsstellen und besonderen Schlichtungsverfahren reichen. Sie sind in praktisch allen Bereichen des Verwaltungsrechts anzutreffen. In diesem Beitrag sollen einerseits die alle Formen gleichermaßen prägenden Charakteristika des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns herausgearbeitet werden; andererseits ist auf die Besonderheiten der einzelnen Formen einzugehen. Es soll demnach der Versuch unternommen werden, Ansätze für allgemeine und besondere Lehren des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen

-
- 10 Vgl. PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 78 ff.
 - 11 Vgl. z.B. im Bund: Art. 33b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021); im Kanton Luzern: § 41a und 41b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) vom 3. Juli 1972 (Nr. 40). Siehe für weitere Beispiele BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 242 ff., 249 ff., GUTH (Fn. 7), S. 74 ff., sowie an verschiedenen Stellen in diesem Beitrag.
 - 12 Vgl. z.B. Art. 41a des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01) betreffend das umweltschutzrechtliche Kooperationsprinzip; Art. 29 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251); Art. 50 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1). Siehe für weitere Beispiele GUTH (Fn. 7), S. 86 ff., sowie an verschiedenen Stellen in diesem Beitrag.
 - 13 Vgl. zum Begriff der «konsensualen Streitbeilegung» im öffentlichen Recht GUTH (Fn. 7), S. 5 ff. Im öffentlichen Verfahrensrecht wird der Begriff der «Streitigkeit» im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen dem «nichtstreitigen Verfahren» (= erstinstanzliches Verwaltungsverfahren) und dem «streitigen Verfahren» (= Rechtsmittelverfahren) verwendet (vgl. statt vieler RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 48 ff.; BGE 114 V 228 E. 4c). Zu Recht wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass diese Begriffsverwendung nicht vollends zu überzeugen vermöge, zumal auch im erstinstanzlichen Verfahren streitig sein könne, ob eine Verfügung zu erlassen sei und welchen Inhalt diese haben soll. Dies sei insbesondere in Mehrparteienverfahren augenfällig, in denen mehrere Parteien gegensätzliche Interessen vertreten. Aber auch im Verhältnis zwischen Parteien und Verwaltungsbehörde könne insofern von einer Streitigkeit gesprochen werden, als die Behörde im erstinstanzlichen Verfahren nicht nur die Rolle der (unparteiischen) Entscheidungsinstanz, sondern auch der (in diesem Sinne parteiischen) Vertreterin des öffentlichen Interesses einnehme. Im Übrigen seien von vornherein alle erstinstanzlichen Verfahren streitig, in denen eine Partei die Rechtmässigkeit eines Realakts bestreitet und von der Verwaltungsbehörde eine Verfügung über den Realakt verlange (vgl. Art. 25a VwVG); vgl. zum Ganzen REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATTHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 8.

Streitbeilegung im Verwaltungsrecht zu entwickeln. Dabei wird es insbesondere auch darum gehen, diese teilweise neue Verwaltungswirklichkeit in das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht einzubetten und die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Grenzen auszuloten. Im Vordergrund steht der «erstinstanzliche» Vollzug von Verwaltungsrecht durch Verwaltungsbehörden; thematisiert wird aber auch die konsensuale Streitbeilegung im Rechtsmittelverfahren.

Der erste Teil (B.) beschäftigt sich mit den Grundlagen. Es wird aufgezeigt, dass die Entwicklung zu einer vermehrt einvernehmlich handelnden Verwaltung insbesondere auf einen Wandel der Staatsaufgaben und ein geändertes Verständnis der Staat-Bürger-Beziehung zurückzuführen ist. Danach werden die Merkmale und Grundstrukturen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns dargestellt. Konsensuale Formen des Verwaltungshandelns und der Streitbeilegung im Verwaltungsrecht werden auch den «Alternativen Formen der Streitbeilegung» zugeordnet. Ebenfalls ist auf die für und gegen diese Form des Verwaltungshandelns vorgetragenen Argumente bzw. die Vorzüge und Gefahren einzugehen. Im zweiten Teil (C.) werden die einzelnen Formen dargestellt und gewürdigt sowie ausgewählte Einsatzbereiche aufgezeigt. Der dritte Teil (D.) behandelt die (rechtlichen und faktischen) Rahmenbedingungen und Schranken des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns. Bevor eine Einbettung in die rechtsstaatlichen Prinzipien erfolgt und die entsprechenden Rahmenbedingungen und Grenzen aufgezeigt werden – die sich fundamental von den Verhältnissen im Privatrecht unterscheiden –, werden die (vornehmlich faktischen) Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns dargestellt. Eine Schlussbetrachtung im vierten Teil (E.), die auch Möglichkeiten der Stärkung des konsensualen Verwaltungsvollzugs thematisiert, rundet den Beitrag ab.

B. Grundlagen

I. Wandel der Staatsaufgaben und Veränderung der Aufgabenwahrnehmung durch die Verwaltung

«Die Gefässe, in die hinein sich das Verwaltungsrecht konkretisiert, stehen in einem komplexen Wechselwirkungsverhältnis zu den Staatsaufgaben und den zu deren Bewältigung angewandten Regelungstechniken.»¹⁴ Die schweizerische Verwaltungsrechtslehre gründet zu wesentlichen Teilen in der deutschen Dogmatik des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts des ausgehenden 19. Jahr-

14 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 64.

hunderts, die massgeblich von OTTO MAYER geprägt wurde.¹⁵ Als zentrale Rechtsfigur wurde dabei auch der Verwaltungsakt (gemäss neuerer schweizerischer Terminologie: die Verfügung) als Ausdruck der einseitig befehlenden und gebietenden Verwaltung übernommen.¹⁶ Das übernommene rechtsstaatliche Verwaltungsrecht war geprägt vom Konstitutionalismus, der Fürst und Verwaltung nur in ganz spezifischen Bereichen, insbesondere bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum beschränkte, von den Lehren des deutschen Idealismus, «die von einem überhöhten, die objektive Vernunft verkörpernden, allein massgebenden Willensbildungs- und -verwirklichungssystem Staat»¹⁷ ausgingen, wobei der Verwaltungsakt als dessen Produkt erschien (was eine Verständigung der Verwaltung mit dem Bürger ausschloss),¹⁸ sowie von der Idee des liberalen Ordnungsstaats mit einem beschränkten, auf die Eingriffsverwaltung ausgerichteten Aufgabenfeld.¹⁹

Obwohl der Verfügung auch heute noch eine «unangefochtene Vorrangstellung»²⁰ zukommt und sie sowohl im positiven Recht als auch in der Verwaltungsrechtslehre einen «zentralen Kristallisationspunkt»²¹ darstellt, hat sich ihre Erscheinung und ihr Zustandekommen massgeblich verändert,²² zumal sie sich auch für konsensuale und kooperative Elemente geöffnet hat.²³ Darüber hinaus haben einvernehmliche Regelungen im Staat-Bürger-Verhältnis, seien sie rechtlich bindender oder informeller, zivil- oder öffentlich-rechtlicher Natur, an erheblicher Bedeutung gewonnen.²⁴ Zurückzuführen sind diese Entwicklungen auf fundamentale Veränderungen in Staat und Gesellschaft, die mit erheblichen Auswirkungen etwa auf das Spektrum der Staatsaufgaben, die politische Steuerung des Verwaltungshandelns und die Steuerungskraft des Gesetzes sowie die Stellung des der Verwaltung entgegentretenden Bürgers einhergegangen sind.²⁵ So können die Erweiterung und Ausdifferenzierung der Handlungs-

15 Vgl. MÄCHLER (Fn. 4), S. 3 f.; vgl. ausführlich zu den Anfängen und zur Entwicklung des Verwaltungsrechts in der Schweiz MARKUS MÜLLER, *Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft*, Bern 2006, S. 75 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, *100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz*, ZSR 130 (2011) II, S. 331–437; DERS., *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz*, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band III: *Verwaltungsrecht in Europa*, Grundlagen, Heidelberg 2010, S. 313–349.

16 MÄCHLER (Fn. 4), S. 5, 615.

17 MÄCHLER (Fn. 4), S. 615.

18 Vgl. dazu MÄCHLER (Fn. 4), S. 7 f.; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 95. Vgl. OTTO MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, AöR 3 (1888), S. 3–86, S. 30.

19 Vgl. dazu ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 3 ff., S. 615.

20 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65.

21 MÄCHLER (Fn. 4), S. 615.

22 Vgl. dazu umfassend MÄCHLER (Fn. 4), S. 10 ff., S. 74 ff.

23 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65.

24 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65; vgl. zur Geschichte der «kooperativen Verwaltung» PFENNINGER (Fn. 4), S. 29 ff.

25 Vgl. dazu eingehend MÄCHLER (Fn. 4), S. 10 ff. Vgl. zu den verwaltungsrechtlichen Konstruktionen des Bürgers im Wandel der Zeit SUSANNE BAER, «Der Bürger» im Verwaltungsrecht, Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, Habil. Berlin, Tübingen 2006, S. 83 ff.

und Verfahrensformen der Verwaltung bzw. die Verschiebung des Gewichts ihrer einzelnen Erscheinungen als unmittelbare Konsequenz des Wachstums und qualitativen Wandels der Staatsaufgaben angesehen werden,²⁶ wobei namentlich die Zunahme gestaltender, planender, lenkender und leistender Verwaltungsaufgaben im 20. Jahrhundert Rückwirkungen auf die Handlungs- und Verfahrensmodi der Verwaltung zeitigte.²⁷ Gewandelte Staatsaufgaben rufen nach modifizierten Regelungstechniken, wobei ein gesteigertes Bedürfnis nach flexiblen und offenen Normen festzustellen ist.²⁸ Diese wiederum «zeitigen insofern Folgen hinsichtlich der angewandten Handlungsformen, als sich Spielräume für Verhandlungen und einen verstärkten Einbezug Privater in den Entscheidungsfindungsprozess geradezu anbieten».²⁹ Mit anderen Worten haben die «Schwierigkeiten, der Komplexität moderner Industriegesellschaften allein durch einseitig-hoheitliches staatliches Handeln nach dem Modell ordnungsrechtlicher Gefahrenabwehr gerecht zu werden, [...] Grenzen dieses Modus der Aufgabenwahrnehmung zunehmend verdeutlicht».³⁰ Im «Gewährleistungsstaat»³¹ scheint sich dieses Phänomen zu verstärken, zumal «komplexe Beaufsichtigungs- und Steuerungsvorgänge» in die Wege geleitet werden.³² Die Tendenz zu vermehrten einvernehmlichen Regelungen im Staat-Bürger-Verhältnis «basiert auf der Grundüberzeugung, dass die Mitwirkung Betroffener bei der Informationsgewinnung, die Suche nach Optimierungswegen und die Herstellung eines zumindest partiellen Interessenausgleichs im Rahmen der Ausfüllung von Entscheidungsspielräumen letztlich in einem Effizienz- und Effektivitätsgewinn resultieren».³³ Damit einher geht eine «Relativierung des im

26 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 64.

27 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65; vgl. auch KURT EICHENBERGER, Hochleistungsverwaltung des entfaltenen Sozialstaates (1989), in: Georg Müller/René Rhinow/Gerhard Schmid (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Genf/München 2002, S. 351–365, S. 358; PFENNINGER (Fn. 4), S. 45 ff. Vgl. zum Paradox des modernen Staats, der über alle Macht verfügt, die Gesellschaft zu einen und zu allgemeiner Wohlfahrt zu führen, hierzu aber auf die Kooperation mit eben dieser Gesellschaft angewiesen ist; ABEGG (Fn. 1), S. 189 ff.

28 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 64; vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 75; SCHMID (Fn. 7), S. 490.

29 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 64. Zum Bedeutungswandel des Verwaltungsverfahrens, der mit einer geringeren rechtssatzmässigen Determinierung des Verwaltungshandelns einhergeht, vgl. DIES. (Fn. 4), Rz. 185 ff.; vgl. auch SCHMID (Fn. 7), S. 490; FRIEDRICH SCHOCH, § 37 Entfaltung des staatlichen Handelns, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Heidelberg 2005, S. 131–227, § 37 Rz. 30.

30 HELMUT SCHULZE-FIELTZ, § 12 Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 823–902, Rz. 64.

31 Vgl. dazu grundlegend CLAUDIO FRANZIUS, Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Habil. Berlin, Tübingen 2009; vgl. zur Gewährleistungsverwaltung auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, § 1 Rz. 43 ff.; SCHULZE-FIELTZ (Fn. 30), Rz. 51 ff.

32 SCHMID (Fn. 7), S. 490.

33 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65.

Konstitutionalismus wurzelnden hierarchischen Staat-Bürger-Verhältnisses, das auf einer strikten Trennung von Staat und einseitig von diesem gesteuerter Gesellschaft beruhte». ³⁴

In den Politikwissenschaften wurde, um den Charakter der im kooperativen Rechtsstaat bestehenden Verhandlungsbeziehungen zwischen Staat und Bürgern zu umschreiben, die Metapher vom «Schatten der Hierarchie» entwickelt. ³⁵ SCHAEFER führt diesen Gedanken weiter wie folgt aus: «Während der souveräne Staat seine Macht aus dem Verzicht der Bürger auf eigene Gestaltungsräume bezieht, beruht die Hoheit des kooperierenden Staates auf Akzeptanz der Bürger, ferner auf dem spezifischen Nutzen staatlicher Infrastruktur zur Artikulation kollektiver Interessen. Hinreichend starke und gut organisierte Lobbys bedienen sich des Staates zur Verstärkung ihrer Gestaltungsansprüche. Der kooperierende Staat bittet um Gefolgschaft und Gehorsam in der Hoffnung, dass dies dem temporären Eigeninteresse seiner Bürger entspricht.» ³⁶

Diese Entwicklungen zeigen auf, dass das «Verhandlungsmodell» als Koordinationsmechanismus neben das «Hierarchiemodell» getreten ist. ³⁷ Es stellt sich gar die Frage, ob heute statt von Subordination von einer Gleichordnung zwischen Bürgern und Verwaltung auszugehen ist. Obwohl in der Verwaltungsrealität zahlreiche Bereiche bestehen, in denen Private und Verwaltung auf dem Boden der Gleichordnung miteinander verkehren, greift die «Gleichordnungsthese» zu kurz. ³⁸ Freiheitlich-demokratische Verfassungen, wie namentlich auch die schweizerische Bundesverfassung, bestimmen das Bürger-Staat-Verhältnis «asymmetrisch» in der Unterscheidung von «bürgerlicher Freiheit und staatlicher Kompetenz»: ³⁹ Während der Bürger in rechtlich verfasster Freiheit handelt, agieren staatliche Organe in rechtlich verliehener Kompetenz. ⁴⁰ «Gerade in seiner rechtlichen Verfasstheit ist der demokratische Rechtsstaat *Staat*, dessen Organe befugt sind, Verbindlichkeiten einseitig zu begründen.» ⁴¹ Gewisse Staatsauf-

34 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 65; vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 99, der als Ursachen der Veränderung im Staat-Bürger-Verhältnis die Ausweitung und Veränderung bei den staatlichen Aufgaben, die Erhöhung gesellschaftlicher Ausdifferenzierung und die Eigendynamik sozialer Abläufe, einen stark gestiegenen Transaktions- und Koordinationsaufwand und transnationale Herausforderungen nennt; vgl. zu den historischen Entwicklungslinien und der staatsrechtlichen bzw. staatsrechtlichen Diskussion betreffend die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft CHRISTOPH ERRASS, *Kooperative Rechtssetzung*, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010, S. 99 ff.

35 Vgl. ARTHUR BENZ, *Der moderne Staat*, 2. Aufl., Oldenburg 2008, S. 211; vgl. auch SCHAEFER (Fn. 9), S. 252.

36 SCHAEFER (Fn. 9), S. 252.

37 Dieser Befund von EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2. Aufl., Heidelberg 2006, S. 177, für Deutschland trifft auch auf die Schweiz zu.

38 Vgl. dazu ausführlich SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 14 f.

39 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 15.

40 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 15.

41 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 14.

gaben erfordern den Einsatz hoheitlicher Mittel und einseitiger Entscheidungen und lassen sich nicht in Gleichordnung und Konsens realisieren.⁴² Und auch dort, «wo Kooperation die Normalität darstellt, ist der Staat daher nicht ein Partner unter anderen, sondern hat wegen seiner komplementären Aufgaben eine Sonderstellung inne, die sein Handeln rechtfertigt und zugleich bindet».⁴³ «Hierarchisches Modell und Verhandlungsmodell stehen folglich nicht vollständig gleich. Die Asymmetrie von Kompetenz und Freiheit hat auch hier Geltung [...], mindert jedoch nicht die Legitimität kooperativen Handelns.»⁴⁴

II. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln als Verfassungsgebot?

Wenngleich die schweizerische Bundesverfassung, wie bereits oben beschrieben, von einem «asymmetrischen» Bürger-Staat-Verhältnis im Sinne von «bürgerlicher Freiheit und staatlicher Kompetenz» ausgeht,⁴⁵ ist sie nicht auf bestimmte Koordinationsmechanismen bzw. theoretische Modelle in diesem Verhältnis – im Sinne etwa des Hierarchie- oder des Verhandlungsmodells – festgelegt.⁴⁶ Der Bundesverfassung lässt sich kein generelles Ge- oder Verbot für kooperatives und konsensuales Staats- bzw. Verwaltungshandeln ableiten.⁴⁷ In grundsätzlicher Weise gegen ein kooperatives und konsensuales Handeln der Verwaltung sprechen namentlich weder das Gewaltmonopol des Staats noch die verfassungsrechtlichen und rechtsstaatlichen Prinzipien,⁴⁸ wobei Letztere diesem Handeln gewisse Rahmenbedingungen vorgeben und Grenzen setzen.⁴⁹ Die Bundesverfassung bietet aber auch keine Grundlage für die Annahme, wonach die staatlichen Behörden mit den Bürgern in erster Linie in Kooperation und Konsens interagieren müssten.⁵⁰ Diese Auffassung lässt sich namentlich nicht den Grundrechten, dem Verhältnismässigkeitsprinzip⁵¹ oder dem Subsidiaritätsprinzip⁵² entnehmen.⁵³ Allerdings ist es der Verwaltung in gewissen Konstellationen aus grundrechtlichen Gründen verwehrt, ohne Zustimmung des Betroffenen ein Rechtsverhältnis zu regeln oder eine Handlung vorzunehmen.⁵⁴

42 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 14.

43 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 177.

44 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 177.

45 Vgl. B./I.

46 MÄCHLER (Fn. 4), S. 85 ff.; vgl. auch für Deutschland SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 37), S. 177.

47 MÄCHLER (Fn. 4), S. 85.

48 Vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 85 f.

49 Vgl. D./II.

50 Vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 37.

51 Vgl. auch D./II./3.

52 Vgl. dazu auch ERRASS (Fn. 34), S. 170 ff.

53 Vgl. dazu ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 86 ff.

54 Vgl. MÄCHLER (Fn. 4), S. 88, der als Beispiel das Verbot der staatlichen Zwangs- oder Pflichtarbeit nennt (vgl. auch Art. 4 Abs. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950 [SR 0.101; EMRK]).

Weiter werden an verschiedenen Stellen in der Bundesverfassung Staat und Verwaltung zu einem kooperativen Vorgehen angehalten.⁵⁵ In Kantonsverfassungen ist zuweilen die Vorgabe zu finden, dass die Verwaltung nicht nur rechtmässig, effizient, sparsam und bürgerfreundlich, sondern auch «kooperativ» zu handeln hat.⁵⁶ Einige Kantone sehen im Übrigen auch die Institution der Ombudsstelle als Form des streitschlichtenden Verwaltungshandelns in ihren Verfassungen vor.⁵⁷

III. Merkmale des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns

1. *Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln – Begriffliche Annäherung*

Kooperation umfasst im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben begrifflich eine Fülle sehr unterschiedlicher Erscheinungsformen.⁵⁸ Der Begriff lässt sich namentlich als empirischer, typologischer oder normativer fassen.⁵⁹ In einem weiten Sinn umfasst der Begriff «die Gesamtheit der Erscheinungsformen des bewussten (intendierten) Zusammenwirkens von Verwaltungsbehörden mit Privaten».⁶⁰ Der Begriff des «kooperativen Staats»⁶¹ fasst diese Vielfalt der Formen der Arbeitsteilung zwischen «Staat» und «Gesellschaft» zusammen.⁶² Kooperation kann sich auf verschiedene Ebenen beziehen, namentlich auf die Rechtssetzung,⁶³ die Verwaltungsorganisation (z.B. die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private oder das Zusammenwirken in kollegial strukturierten Verwaltungsgremien), die Handlungsformen und die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens.⁶⁴ Der Begriff findet aber nicht nur

55 Vgl. In Bezug auf das Zusammenwirken von Bund und Kantonen: Art. 44 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 46 Abs. 2, Art. 48, Art. 53 Abs. 4, Art. 61a Abs. 2, Art. 63a Abs. 4, Art. 135 Abs. 2 lit. d BV; in Bezug auf die Rechtssetzung: Art. 147, Art. 109 Abs. 2 und Art. 110 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BV; in Bezug auf die Verwaltungsorganisation: Art. 178 Abs. 3 BV; vgl. dazu auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 90 f.; ERRASS (Fn. 34), S. 175 f.

56 Vgl. Art. 70 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (Nr. 101); vgl. auch § 61 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Luzern (KV) vom 17. Juni 2007 (Nr. 1) bezogen auf Gerichte: «Wo es die Art der Rechtssache zulässt, soll Vermittlung angeboten und Verständigung angestrebt werden.»

57 Vgl. z.B. Art. 96 der Verfassung des Kantons Bern (KV) vom 6. Juni 1993 (Nr. 101.1); Art. 119 der Verfassung des Kantons Freiburg (KV) vom 16. Mai 2004 (Nr. 101); Art. 43 Abs. 1 der Constitution du Canton de Vaud (Cst-VD) du 14 avril 2003 (Nr. 101.01); Art. 81 KV/ZH.

58 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 66.

59 Vgl. dazu ausführlich SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 66 ff.

60 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 67.

61 Vgl. dazu grundlegend ERNST-HASSO RITTER, Der kooperative Staat, Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, AöR 104 (1979), S. 389–413.

62 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 67.

63 Vgl. zur kooperativen Rechtssetzung ERRASS (Fn. 34); vgl. zur regulierten Selbstregulierung PETER HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 512 ff.

64 Vgl. KARLEN (Fn. 10), S. 79.

Verwendung für die soeben beschriebenen Formen des Zusammenwirkens von staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren, sondern auch für die Zusammenarbeit zwischen Gemeinwesen und zwischen Verwaltungsbehörden.⁶⁵ Im Vordergrund sollen nachfolgend die «kooperativen» und «konsensualen» Handlungsformen und Verwaltungsverfahren stehen, die sich zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten abspielen.

Kooperatives Verwaltungshandeln lässt sich durch strukturelle, prozessuale und ergebnisbezogene Aspekte charakterisieren;⁶⁶ es wird in diesem Zusammenhang auch von «charakteristischen Funktionsvoraussetzungen» der Kooperation von Verwaltung und Privaten gesprochen.⁶⁷ *Strukturelles* Merkmal von Kooperation ist – im Unterschied zu hoheitlicher Ausübung staatlicher Herrschaft –, dass sich die beteiligten Akteure im jeweiligen Interaktionsprozess wechselseitig als gleichberechtigt anerkennen;⁶⁸ «charakteristischerweise wird trotz der Asymmetrien von Kompetenzen und Verhandlungsmacht auf die Ausübung einseitiger Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung einvernehmlich verzichtet».⁶⁹ Die kooperative Aufgabenerfüllung erfolgt im Gegensatz zur hierarchisch-hoheitlichen nicht durch einseitige Anordnung, sondern im Zusammenwirken mit den Betroffenen.⁷⁰ *Prozedural* vollzieht sich Kooperation demnach «in Formen unmittelbarer Interaktion und dialogischer Kommunikation über Ziele, Werte, Interessen, Problem- und Situationsbeschreibungen oder Kenntnisse der Beteiligten, durch die der Vorgang der staatlichen Entscheidungsfindung für die Perspektive der Privaten geöffnet wird».⁷¹ Kennzeichen kooperativer Aufgabenerfüllung ist, dass die involvierten Akteure in einer Beziehung stehen, die durch «Face-to-face»-Kontakte geprägt ist.⁷² Im Kooperationsprozess können Informationen und Argumente ausgetauscht werden. «Damit wird ein breiteres Spektrum an Verhaltensprämissen der Beteiligten zur Disposition gestellt als bei hoheitlicher, hierarchischer Steuerung.»⁷³ Die Verwaltungsbehörden öffnen den Entscheidungsvorgang, indem sie die Betroffenen an der Entscheidungsfindung beteiligen.⁷⁴ Kooperation ist demnach mit Verhandlungsprozessen verbunden, die *ergebnisbezogen* auf eine freiwillige Einigung zwischen den beteiligten Akteuren abzielen.⁷⁵ «Die Wechselseitigkeit der Beziehung zwischen den Kooperationspartnern beschränkt sich nicht auf die Verhandlungsprozesse zur Vorbereitung einer Entscheidung,

65 Vgl. KARLEN (Fn. 10), S. 79 f.

66 Vgl. BENZ (Fn. 5), S. 37 ff.; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

67 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

68 BENZ (Fn. 5), S. 38; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

69 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70; vgl. auch BENZ (Fn. 5), S. 38.

70 BENZ (Fn. 5), S. 38.

71 SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70; vgl. auch BENZ (Fn. 5), S. 38.

72 BENZ (Fn. 5), S. 38; vgl. auch PFISTERER (Fn. 7), S. 200.

73 BENZ (Fn. 5), S. 39.

74 BENZ (Fn. 5), S. 39.

75 BENZ (Fn. 5), S. 39; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

sondern zeigt sich darüber hinaus auch in der Zustimmung zum Verhandlungsergebnis», wobei es auf eine spezifisch rechtliche Handlungsform nicht ankommt.⁷⁶ Konsens im Sinne der Zustimmung der Beteiligten zu einem gemeinsam erarbeiteten Verhandlungsergebnis ist demnach Bestandteil des kooperativen Verwaltungshandelns.⁷⁷ PFISTERER ist zuzustimmen, wenn er festhält, das «Ungewohnte liegt bei den Konsenslösungen in der gemeinsamen Erarbeitung des Inhalts, die sonst die rechtsanwendende Behörde allein besorgt, durch alle Beteiligten». ⁷⁸ Diese Ausführungen machen auch deutlich, dass kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln über die Gewährung des rechtlichen Gehörs in Verfahren auf Erlass einer Verfügung hinausgeht,⁷⁹ wengleich auch die Gehörsgewährung einen Austausch zwischen Behörden und Privaten ermöglicht und insofern auch das Verfügungsverfahren mit «kooperativen Elementen» durchzogen ist.⁸⁰ Um von einem kooperativen und konsensualen Verwaltungshandeln zu sprechen, dürften aber intensivere Kooperationsformen verlangt sein.⁸¹ Schliesslich ist das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln abzugrenzen vom partizipativen Verwaltungshandeln, worunter die (blosse) Mitwirkung der Bevölkerung bei Verwaltungsentscheidungen (so etwa in der Raumplanung; vgl. Art. 4 Abs. 2 RPG⁸²) zu verstehen ist, die nicht auf Einverständnis abzielt.

76 BENZ (Fn. 5), S. 39; vgl. auch SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70.

77 Vgl. BENZ (Fn. 5), S. 39; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 70; PFISTERER (Fn. 7), S. 200 f., erblickt im konsensualen Verwaltungshandeln indes eine qualifizierte Form der Kooperation. Kooperatives Verwaltungshandeln erschöpfe sich in Zusammenarbeit und Verhandlungen («face-to-face»), während das konsensuale Verwaltungshandeln auf gemeinsame Erarbeitung und Zustimmung der Beteiligten zu einer Einigung abziele («im gleichen Boot»).

78 PFISTERER (Fn. 7), S. 227.

79 Vgl. dazu ausführlicher PFISTERER (Fn. 7), S. 202 f.; vgl. auch BENZ (Fn. 5), S. 39; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern, Bern 2000, S. 126.

80 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 127, 144.

81 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 147. Während kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf kooperatives Verwaltungshandeln besteht (vgl. B./II.), sieht es bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs anders aus (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV). Auch die – in der Praxis verbreitete – Vorabzustellung von Entscheidentwürfen dürfte noch nicht dem kooperativen Verwaltungshandeln zuzurechnen sein, wengleich diese Form der Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Umständen Türen öffnet für konsensuale Lösungen; vgl. auch MICHAEL FEHLING, § 38 Informelles Verwaltungshandeln, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 1457–1521, § 38 Rz. 28, der diese Vorgehensweise bereits als Sonderfall der Vorabgespräche qualifiziert. Die Erstellung eines Verfügungs- bzw. Entscheidentwurfs vor dem Anhören der Parteien ist im Übrigen mit der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Berücksichtigungspflicht zu vereinbaren; vgl. BGer, Urteil 2P.193/2000 vom 13.10.2000, E. 2b; WALDMANN/BRÜCKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 32 VwVG Rz. 20. Allerdings lässt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör kein Anspruch auf Zustellung des Verfügungs- oder Entscheidentwurfs ableiten.

82 Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

2. *Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln als formelle oder informelle «Handlungsform» (und nicht bloss «Verfahrensmodus»); Verhältnis zu einseitig-hoheitlichen Verfahren*

Nachdem die strukturellen, prozessualen und ergebnisbezogenen Aspekte des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns erarbeitet worden sind, stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um eine eigentliche «Handlungsform» oder bloss um einen bestimmten «Verfahrensmodus» bzw. eine bestimmte «Kreationsprozedur»⁸³ handelt und wie das Verhältnis des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns zu einseitig-hoheitlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere zum Verfügungsverfahren, ausgestaltet ist. Der verwaltungsrechtliche Begriff der Handlungsform bezeichnet «Gestalttypen von hoher begrifflicher Abstraktheit, in die hinein sich das Verwaltungshandeln unter bestimmten Voraussetzungen und mit bestimmten Rechtsfolgen materialisiert und dadurch rechtlich greifbar wird».⁸⁴ Der Terminus der Handlungsform wird demnach in einem weiten Sinne verstanden, unter den sich grundsätzlich sämtliches Tätigwerden der Verwaltung subsumieren lässt.⁸⁵ Herkömmlicherweise werden die Handlungsformen der Verwaltung anhand der Kriterien des angestrebten (rechtlichen oder tatsächlichen) Erfolgs (Rechtsakte oder Realakte), der (öffentlich- oder privatrechtlichen) Rechtsgrundlage, des (verwaltungsinternen oder privaten bzw. individuellen oder generellen) Adressatenkreises, der (konsensualen oder hoheitlichen) Handlungsweise sowie des (konkreten oder abstrakten) Anordnungsobjekts charakterisiert.⁸⁶ Trotz Formenvielfalt ist die Verfügung, die im Rahmen eines strukturierten Verwaltungsverfahrens ergeht, unverändert das zentrale Handlungsinstrument eines Verwaltungsträgers zur Regelung eines Rechtsverhältnisses im Einzelfall in einseitiger (ohne Einverständnis des Verfügungsadressaten) und verbindlicher Weise.⁸⁷

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kann auf einen Rechtserfolg ausgerichtet sein (z.B. verwaltungsrechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag) oder bloss informellen Charakter haben (z.B. informelle Vorabsprachen,

83 Vgl. zu diesem Begriff TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 297 ff., der darunter eine «Verfahrensweise», mithin «eine standardisierte, auf ein bestimmtes Ergebnis zielende Abfolge von Handlungsbeiträgen» versteht, wobei das bestimmte Ergebnis die «Heranbildung einer Verwaltungshandlung» meine.

84 PIERRE TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 118 (1999) II, S. 353–455, Rz. 43; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 50; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 Rz. 5. Zur (verfahrens-)rechtlichen Bedeutung der Handlungsform vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 49 ff.

85 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 52.

86 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 50; TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 129 ff.

87 Vgl. zur Verfügung als zentrale Handlungsform der Verwaltung statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 848 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 28 ff.; BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Base/Genf 2019, S. 135 ff.

Absprachen).⁸⁸ Weiter kann kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln nach dem Kriterium des Adressatenkreises danach unterschieden werden, ob es innen- (verwaltungsinterne Akteure) oder aussengerichtet (private Akteure) ist, wobei in diesem Beitrag in erster Linie das kooperative und konsensuale Handeln zwischen Verwaltung und Privaten interessiert. Nach dem Kriterium der Rechtsgrundlage kann das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln im Übrigen auch in öffentlich-rechtliches (insbesondere verwaltungsrechtlicher Vertrag, aber auch sämtliches informell-kooperatives Handeln) und privatrechtliches (insbesondere privatrechtlicher Vertrag) Kooperationshandeln unterteilt werden.

Die Frage, ob kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln eine eigenständige Handlungsform darstellt, stellt sich insbesondere in Konstellationen, in denen im Umfeld bzw. im Rahmen von einseitig-hoheitlichem Verwaltungshandeln und damit einhergehenden Verfahren,⁸⁹ namentlich im Verfügungsverfahren, informell-kooperative Elemente einfließen. In diesen Fällen kommt es zu einer Durchmischung von Elementen formloser Kooperation und förmlichen Verwaltungsverfahren.⁹⁰ In anderen Konstellationen liegt die Qualifikation als Handlungsform hingegen auf der Hand: So ist anerkannt, dass (auf Rechtserfolg ausgerichtete) Vertragshandeln der Verwaltung auf öffentlich- oder privatrechtlicher Grundlage, das in sämtlichen Stadien der Ausarbeitung Verhandlungsprozesse ermöglicht und auf Zustimmung und Einverständnis der Beteiligten beruht, eine kooperative und konsensuale Handlungsform darstellt.⁹¹ Dies gilt auch dann, wenn eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit im Rahmen oder Umfeld eines förmlichen Verwaltungs-, Verwaltungsbeschwerde- oder Klageverfahrens durch einen Vergleichsvertrag, der eine spezifische Form des verwaltungsrechtlichen Vertrags darstellt, erledigt wird.⁹² Werden diese Handlungsinstrumente gewählt, ersetzen sie die Verfügung als Handlungsform und wirken insofern als Surrogate zum Verfügungshandeln.

In Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln sind die folgenden Differenzierungen angezeigt: Informell-konsensuales Verwaltungshandeln kann in der Form der Absprache als Surrogat rechtsförmigen Verwaltungs-

88 Vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 16 f.; vgl. zum zentralen Unterscheidungskriterium des angestrebten Erfolgs in Bezug auf die Handlungsformen der Verwaltung TSCHANNEN (Fn. 2), S. 68 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 Rz. 28; vgl. zu Begriff und Erscheinungsformen des informell-kooperativen Verwaltungshandelns HÖSLI (Fn. 7), S. 7 ff.; FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 1 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 16.

89 Einseitig-hoheitlich sind insbesondere die aussengerichteten Rechtsakte der Rechtsverordnung, des Nutzungsplans und der Verfügung sowie die innengerichteten Verwaltungsakte der Rechtsverordnung und des Dienstbefehls; vgl. dazu die Übersicht bei TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 Rz. 7.

90 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 63.

91 Vgl. zum Verwaltungsvertrag und zum privatrechtlichen Vertrag als Handlungsformen der Verwaltung C./II./1.

92 Vgl. zum verwaltungsrechtlichen Vergleich ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 278; GUTH (Fn. 7), S. 35 ff., 53 ff.; vgl. auch C./II./3./b. und C./II./4.

handeln dienen, indem dadurch rechtlich verbindliches Verfügungs- (und damit auch das damit im Zusammenhang stehende förmliche Verwaltungsverfahren), Vertrags- oder allenfalls sogar rechtssetzendes Handeln vermieden wird.⁹³ In diesem Sinne verstandene informell-konsensuale Absprachen bereiten eine in Rechtsform ergehende Verwaltungsentscheidung nicht bloss vor, sondern treten an deren Stelle und bilden dadurch selber Verfahrensendakt und demnach Handlungsform.⁹⁴ In diesem Zusammenhang stehen etwa auch die kooperativen Formen der verwaltungsrechtlichen Streitbeilegung durch Schlichtung⁹⁵ sowie durch Ombudsinstitutionen⁹⁶. Informell-konsensuales Handeln kann sich aber auch auf Rechtsakte und die damit verbundenen Verfahren, insbesondere die Verfügung und das damit verbundene Verwaltungsverfahren, beziehen,⁹⁷ sei es im Sinne von Vorabsprachen, die aus Verhandlungen im Vorfeld von förmlichen Verwaltungsverfahren entstehen und ein Verfügungsverfahren vorbereiten,⁹⁸ oder sei es in Form von (allenfalls mit Unterstützung eines Konfliktmittlers bzw. Mediators zu erreichenden) Verständigungen bzw. gütlichen Einigungen, die in ein bereits eingeleitetes förmliches Verfügungsverfahren eingebettet sind und zur Grundlage der letztlich einseitig ergehenden Verwaltungsentscheidung gemacht werden, weshalb die in «Verfügungsform zu transferierende Entscheidung als solche konsensual generiert» wird.⁹⁹ Auf das Kriterium der Vorabbindungswirkung abstellend kommt THURNHERR zum Schluss, dass auch solche Formen des informell-konsensualen Verwaltungshandelns als eigenständige Handlungsformen und nicht bloss als unselbstständige Bestandteile eines unilateralen Verfahrens zu qualifizieren sind.¹⁰⁰ Die schlichte Anhörung hingegen, die ebenfalls kooperative Elemente beinhaltet, wird hingegen nicht als eigenständige Handlungsform betrachtet, sondern nur, aber immerhin, als «ein die Gehörsfunktion wahrnehmender Baustein eines förmlichen Verfah-

93 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 143; vgl. auch PETER HETTICH, Handlungsformen, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 823–857, Rz. 20.103; vgl. zur Vermeidung eines Grundverfahrens durch Konsensverfahren auch PFISTERER (Fn. 7), S. 206 f. Vgl. zu informellen Absprachen ausführlich C./II/2.

94 So ausdrücklich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 143.

95 Vgl. C./II/7.

96 Vgl. C./II/6.

97 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 144 ff., 863 ff., 961 ff.; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.103.

98 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 147, 961, 963 ff.; vgl. zu Verhandlungen im Vorfeld des Verfahrens auch PFISTERER (Fn. 7), S. 205. Vgl. zu Vorabsprachen ausführlich C./II/3./a.

99 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 147, 961, 1004 ff.; vgl. zu Verfügungsverfahren begleitende Konsensverfahren PFISTERER (Fn. 7), S. 206. Vgl. zu Verständigungen als Verfügungsgrundlage C./II/3./b.

100 Vgl. ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 144 ff., die allerdings noch den Vorbehalt anbringt, dass dort, wo lediglich Private an einer gütlichen Einigung, die zur Grundlage einer Verfügung gemacht werden soll, beteiligt sind, diese mangels behördlicher Partizipation nicht einer staatlichen Handlungsform zugeordnet werden könne (Rz. 149); vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1422.

rens».¹⁰¹ Es ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinzuweisen, dass in der Praxis eine trennscharfe Linie zwischen den einzelnen Kooperationsformen kaum gezogen werden kann, «da die Abstufungen teilweise graduell sind und die Grenzen zwischen der Gewährung des Gehörsrechts und einer intensiveren Involvierung Privater durchaus fließend sein können».¹⁰²

Diese Ausführungen lassen den Schluss zu, dass das (formelle und informelle) kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln, so wie es oben beschrieben worden ist, in praktisch allen Erscheinungsformen eine eigenständige Handlungsform darstellt; dies gilt selbst dann, wenn es in ein anderes einseitig-hoheitliches Verwaltungshandeln und -verfahren integriert ist bzw. es sich im Umfeld eines solchen Verfahrens abspielt. Es stellt in solchen Konstellationen nicht bloss einen «besonderen Verfahrensmodus» dar.

Ebenfalls kann zusammenfassend festgehalten werden, dass kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sowohl losgelöst und unabhängig (allenfalls mit dem Ziel der Vermeidung) von einseitig-hoheitlichen Verfahren, insbesondere von Verfügungsverfahren, als auch im Umfeld und Rahmen von solchen förmlichen Verfahren zum Zug kommen kann.¹⁰³ Im letztgenannten Fall können die kooperativen und konsensualen Elemente vor, während oder nach¹⁰⁴ einem einseitig-hoheitlichen Verfahren Platz greifen.¹⁰⁵ An dieser Stelle ist weiter zu erwähnen, dass kooperative und konsensuale Elemente nicht nur im Umfeld von Verfügungsverfahren anzutreffen sind, sondern etwa auch im Rahmen von Planungs-¹⁰⁶ oder Rechtsmittelverfahren (namentlich Beschwerde-, Einsprache- und Klageverfahren)¹⁰⁷.

3. Akteurkonstellationen

Das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln weist hinsichtlich der beteiligten Akteure unterschiedliche Erscheinungsformen auf. Zu differenzieren ist insbesondere zwischen einerseits «bipolaren» (bzw. «bilateralen») und andererseits «multipolaren» (bzw. «multilateralen») Kooperationsverhältnis-

101 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 146 f.

102 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 146.

103 Vgl. dazu auch PFISTERER (Fn. 7), S. 203 ff.

104 Vgl. PFISTERER (Fn. 7), S. 205, der ausführt, dass auch für die Umsetzung von (konsensual zustande gekommenen) Verfügungsverfahren Konsensverfahren vorgesehen werden können. Konsenslösungen nach Erlass einer Verfügung sind etwa auch in Konstellationen denkbar, in denen gegen eine Verfügung Beschwerde erhoben worden ist und die verfügende Behörde ihre Verfügung nach informeller Verständigung mit dem Beschwerdeführer und allenfalls weiteren Beteiligten in Wiedererwägung zieht und eine neue Verfügung erlässt, sodass das Beschwerdeverfahren hinfällig wird (vgl. auf Bundesebene Art. 58 VwVG, der die Wiedererwägung im Verbund mit der Beschwerde zulässt); vgl. dazu auch GUTH (Fn. 7), S. 59 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 20 f.; PFISTERER (Fn. 7), S. 242.

105 Vgl. dazu auch PFISTERER (Fn. 7), S. 203 ff.

106 Vgl. auch Fn. 327.

107 Vgl. C./II./4.

sen.¹⁰⁸ Bei bipolaren Konsensverfahren trifft die zuständige Behörde auf einen Beteiligten bzw. eine Partei (in diesem Zusammenhang wird auch von «Einparteienverfahren» gesprochen), während sie bei multipolaren Konstellationen mit mehreren Beteiligten bzw. Parteien konfrontiert ist (in diesem Zusammenhang wird auch von «Mehrparteienverfahren» gesprochen).¹⁰⁹ In der Praxis sind Konsenselemente bei «Einparteienverfahren» beispielsweise im Steuer-, Sozialversicherungs-, öffentlichen Personal- oder Enteignungsrecht und bei «Mehrparteienverfahren» etwa im Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht (z.B. Beteiligung der projektzulassenden Behörde, der Projektgesuchsteller, der besonders berührten Dritten wie Nachbarn, der betroffenen Gemeinden und der nach Gesetz beschwerdelegitimierten Umweltverbände) anzutreffen.¹¹⁰ Rechtsmittelverfahren, die ebenfalls für konsensuale Elemente zugänglich sind, und Verfahren vor Ombudsstellen beispielsweise stellen aufgrund der besonderen Beteiligungsstruktur, die sich in der Regel durch eine Mehrzahl von Beteiligten (z.B. im Rechtsmittelverfahren: Beschwerdeführer, Beschwerdegegner, Vorinstanz)¹¹¹ neben der verfahrensleitenden Behörde, der vornehmlich die Rolle der «Streitschlichterin» zukommt, auszeichnet, praktisch immer «Mehrparteienverfahren» dar.¹¹²

Während bei bipolaren Konsensverfahren die Mitwirkung der für die Entscheidung zuständigen Behörde zwingend erscheint, ist dies bei multipolaren Konstellationen nicht der Fall. Obwohl der Regelfall darin bestehen dürfte, dass die zuständige Behörde an diesem Prozess beteiligt ist, sei es als «Konfliktmittlerin» zwischen zwei oder mehreren Parteien (z.B. die Ombudsstelle oder die Rechtsmittelinstanz bei einem prozessualen Vergleich), sei es als Beteiligte an der Verständigung selbst (z.B. informelle Vorabsprache im Rahmen eines Verfügungsverfahrens), wodurch sie unter Umständen verschiedene Rollen einnimmt,¹¹³ ist auch der Fall denkbar, dass eine Einigung zwischen den von einer Verwaltungsangelegenheit betroffenen Beteiligten bzw. Parteien ohne Mitwirkung der zuständigen Behörde (weder als Konfliktmittlerin noch

108 Vgl. in Bezug auf das informell-kooperative Verwaltungshandeln PFENNINGER (Fn. 4), S. 22 f., der weiter zwischen «kollektiven» (der Verwaltung stehen eine oder mehrere gesellschaftliche Gruppen gegenüber) und «individuellen» (der Verwaltung stehen eine oder mehrere Einzelpersonen gegenüber) Kooperationen unterscheidet.

109 Vgl. zur Unterscheidung zwischen Ein- und Mehrparteienverfahren in Zusammenhang mit dem konsensualen Verwaltungshandeln GUTH (Fn. 7), S. 15 ff.

110 Vgl. dazu ausführlicher GUTH (Fn. 7), S. 15 ff.

111 Vgl. zu den Parteien und Beteiligten im Anfechtungsstreitverfahren ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Habil. Zürich, Zürich 2000, S. 155 ff.

112 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 22 ff., mit Beispielen. Diese Autorin weist darauf hin, dass vor Rechtsmittelinstanzen in der Praxis insbesondere im Zusammenhang mit Staatshaftungsansprüchen konsensuale Streitbeilegungsmechanismen zum Zuge kommen; vgl. auch die Beispiele bei C./II./4.

113 Vgl. zur Doppelrolle der Behörde BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 159 f.; GUTH (Fn. 7), S. 19 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 98 f.; PFISTERER (Fn. 7), S. 208 f. Vgl. auch C./II./3./b.

als Partei einer Vereinbarung) getroffen wird.¹¹⁴ So sieht Art. 33b Abs. 1 VwVG die Möglichkeit vor, dass die zuständige Verwaltungsbehörde das Verwaltungsverfahren auf Erlass einer Verfügung «im Einverständnis mit den Parteien sistieren [kann], damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können», wobei die Behörde gemäss Abs. 4 die Einigung zum Inhalt ihrer Verfügung macht. Obwohl diesfalls eine Beteiligung der für den Erlass der Verfügung zuständigen Behörde am Einigungsverfahren nicht ausgeschlossen ist (so z.B. bei «Einparteienverfahren»), ist sie nicht erforderlich.¹¹⁵ Ein weiteres Beispiel einer Einigung zwischen Parteien ohne Beteiligung der zuständigen Behörde stellt der ausserprozessuale Vergleich im Umfeld eines Rechtsmittelverfahrens dar.¹¹⁶ In engem Zusammenhang damit steht beispielsweise auch die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren – ein privatrechtlicher Vertrag, worin ein Nachbar gegenüber dem (tatsächlichen oder künftigen) Bauherrn in der Regel gegen Entgelt verspricht, auf die Erhebung eines Rechtsbehelfs (z.B. Einsprache, Rechtsmittel) zu verzichten oder einen bereits erhobenen Rechtsbehelf zurückzuziehen.¹¹⁷

4. *Kooperation und Konsens als «Alternative Mechanismen der Streitbeilegung» im Verwaltungsrecht*

Unter dem in den USA entwickelten Begriff der «Alternative Dispute Resolution» (Alternative Streitbeilegung) werden Verfahren verstanden, die konventionelle (administrative, legislative und gerichtliche) Streitbeilegungs- und Entscheidungsverfahren ergänzen, ohne diese vollständig zu ersetzen.¹¹⁸ Es werden darunter insbesondere auch eine Vielzahl von einvernehmlichen Streiterledigungsverfahren subsumiert; so etwa auch Verfahren, in denen ein neutraler Dritter die Parteien bei der einvernehmlichen Beilegung ihrer Konflikte unterstützt (Mediation) oder die Austragung von Streitigkeiten vor einem durch die Parteien eingesetzten Schiedsgericht.¹¹⁹ Ein wesentlicher Grund für das Vordringen der alternativen Streitbeilegung liegt im Bestreben nach Entlastung der staatlichen Gerichtsbarkeit, die zuweilen an die Grenzen ihrer Leistungsfähig-

114 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148 f.

115 Vgl. dazu PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 91, 96; NOTTER (Fn. 7), S. 114 ff.; vgl. auch BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 151. Anders hingegen etwa BVGer, Urteil A-1046/2016 vom 15.12.2016, E. 1.7.1, wo (bezogen auf Mediationsverfahren) mindestens zwei Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG verlangt werden, wobei die für die Verwaltungsanglegenheit zuständige (verfügende) Behörde nicht als Partei gilt. Vgl. dazu auch C./IL/3./b.

116 Vgl. dazu GUTH (Fn. 7), S. 58 ff.

117 Vgl. dazu ausführlich ERIK LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008.

118 Vgl. PFISTERER (Fn. 7), S. 197; NOTTER (Fn. 7), S. 36; vgl. dazu auch VALERIE MEYER, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2005.

119 NOTTER (Fn. 7), S. 36.

keit angelangt.¹²⁰ Ein weiterer Faktor liegt auch in der öffentlichen Wahrnehmung des staatlichen Streitbeilegungsangebots als starr, langwierig und teilweise auch sachfremd, das nicht mehr modernen Ansprüchen an Flexibilität, Verfahrensgeschwindigkeit und Spezialisierung genüge.¹²¹ Während alternative Formen der Streitbeilegung im Zivilrecht eine starke Ausdehnung erfahren haben, hat man sich mit den vorgenannten Methoden alternativer Streitbeilegung bislang nur in verhältnismässig geringem Umfang auf verwaltungsrechtliches Terrain gewagt.¹²²

Wenngleich der Begriff der «Alternativen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht» keine klaren Konturen aufweist,¹²³ können die verschiedenen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der einvernehmlichen Streitbeilegung in verwaltungsrechtlichen Verfahren¹²⁴ als solche verstanden werden – im Sinne einer Alternative zum herkömmlichen, einseitig-hoheitlichen Handeln der Verwaltung.¹²⁵ In der Regel werden unter diesen Begriff aber auch Verfahren subsumiert, die nicht zwingend auf eine konsensuale Streitbeilegung hinauslaufen. Angesprochen ist insbesondere die Schiedsgerichtsbarkeit, die auch im öffentlichen Recht zur Anwendung kommt, wobei ihr Anwendungsbereich beschränkt ist.¹²⁶ Obwohl die Einsetzung des Schiedsgerichts (bei der echten Schiedsgerichtsbarkeit) auf einer Vereinbarung der Parteien beruht und dem eigentlichen Schiedsverfahren auch eine Schlichtung vorausgehen kann, handelt es sich nicht um eine Form der konsensualen Streitbeilegung im eigentlichen Sinn, zumal Schiedsgerichte grundsätzlich autoritativ entscheiden.¹²⁷ Sie werden deshalb in dieser Untersuchung nicht weiter behandelt.¹²⁸

120 CHRISTOPH A. STUMPF, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Habil. Halle-Wittenberg, Tübingen 2006, S. 1.

121 Vgl. PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 153 (in Bezug auf die Mediation); vgl. für Deutschland STUMPF (Fn. 120), S. 1.

122 In den USA scheinen Alternative Formen der Streitbeilegung auch im Verwaltungsrecht eine grössere Verbreitung zu haben; vgl. MEYER (Fn. 118), S. 36 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 36; vgl. auch die Hinweise bei Fn. 4.

123 Vgl. dazu umfassend STUMPF (Fn. 120), *passim*, der unter diesem Begriff die Formen der Schiedsgerichtsbarkeit, des Schiedsgutachtens, der Mediation und der Schlichtung behandelt; der Begriff wird auch bei BENJAMIN SCHINDLER, § 136 Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum*, Band VIII, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, Heidelberg 2019, S. 601–662, Titel vor Rz. 59, verwendet.

124 Vgl. dazu C./II.

125 Vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 16; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 59 ff.

126 So auch die Feststellung von DANIELA THURNHERR, *Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven*, ZSR 138 (2019) II, S. 101–199, S. 125.

127 Vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 238.

128 Vgl. zur Schiedsgerichtsbarkeit im öffentlichen Recht umfassend ELEANOR MCGREGOR, *L'arbitrage en droit public suisse, Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement*, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2015; vgl. auch TARKAN GÖKSU, *Öffentlich-rechtliche Schiedsgerichtsbarkeit: Unterschiede zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, ZSR 137 (2018) I,

IV. Vorzüge und Gefahren

Es wurde bereits in verschiedenen Studien herausgearbeitet, dass zur Begründung von kooperativem und konsensuellem Verwaltungshandeln theoretische Konstruktionen, wie etwa die Lehren vom Gesellschaftsvertrag, die Diskurs- und die Systemtheorie, herangezogen werden können.¹²⁹ Ebenfalls wird in diesem Zusammenhang vielfach auf sozialpsychologische Studien zur Verfahrensgerechtigkeit Bezug genommen.¹³⁰ Diese Theorien und Studien knüpfen an die Überzeugung an, «dass ein sachgerechter Entscheidungsprozess allein oder zusammen mit materiellen Anleitungen eine freiheitliche und menschengerechte Gesellschaftsordnung zu verbürgen vermag».¹³¹ In der Folge ist auf die Vorzüge des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns einzugehen, wobei die «rechtspraktischen» Argumente im Vordergrund stehen (1.). Es soll aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln auch Gefahren birgt und insofern nicht ohne Kritik geblieben ist (2.). Dabei ist auch zu beachten, dass die Wertung von Vorzügen und Gefahren letztlich auch eine Frage des Standpunkts ist. Was aus der einen Perspektive als positiv beurteilt wird, wird aus anderer Perspektive als nachteilig angesehen.¹³²

1. Vorzüge

Nachfolgend ist auf die Vorzüge des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns einzugehen,¹³³ wobei freilich nicht alle Argumente in gleicher Weise auf die vielfältigen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns zutreffen und sie überdies teilweise miteinander verknüpft und überlappend sind.

a. *Umgang mit Komplexität, Verhinderung von Vollzugsdefiziten, Gewinn an Effektivität und Effizienz*

Vor dem Hintergrund der Komplexität der modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft, die sich mit ineinander verwobenen Problemlagen ökonomischer, technologischer und sozialer Art konfrontiert sieht, «haben gesetzliche Lösungen und deren Vollzug durch das traditionelle Handlungsinstrumenta-

S. 473–494; MÄCHLER (Fn. 4), S. 566 ff.; STEFAN VOGEL, Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht, ZBl 111 (2010), S. 670–683; vgl. für Deutschland STUMPF (Fn. 120), S. 4 ff.

129 Vgl. insbesondere MÄCHLER (Fn. 4), S. 93 ff.; vgl. auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 51 ff., 64 ff.; RICHLI (Fn. 3), S. 388 ff. Vgl. zu neuen Legitimationsmechanismen für Kooperationen zwischen Staat und Privaten ABEGG (Fn. 1), S. 401 ff.

130 Vgl. insbesondere MÄCHLER (Fn. 4), S. 99 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 60 ff.; RICHLI (Fn. 3), S. 390 ff.

131 MÄCHLER (Fn. 4), S. 620.

132 HÖSLI (Fn. 7), S. 75.

133 Vgl. auch die umfassende Aufzählung bei MÄCHLER (Fn. 4), S. 82 ff.

rium den Nachteil, dass sie zu dezisionistisch auftreten, da sie versuchen, anfallende Probleme auf einen Schlag zu lösen». ¹³⁴ Bei der traditionellen Gesetzesanwendung tritt an die Stelle der Information vielfach die unsichere Prognose. ¹³⁵ Der zunehmenden Komplexität von Sachverhalten, die insbesondere auch in mehrpoligen Beziehungen und den damit verbundenen divergierenden Interessenlagen der beteiligten Akteure begründet sein kann, kann ein «iterativer Ansatz», der auf eine intensive Mitwirkung der Betroffenen und «Feedback» aufbaut, vielfach besser gerecht werden. ¹³⁶ Durch die kooperative und konsensuale Form der Aufgabenwahrnehmung kann der Informationsfluss zwischen der Behörde und den Beteiligten verbessert, privates Fachwissen, das in der Verwaltung nicht vorhanden ist, für die Problembewältigung generiert und fruchtbar gemacht und dadurch die Wissensbasis verbreitert werden. ¹³⁷ Wechselseitige Ungewissheiten in Bezug auf die Sach- und Rechtslage lassen sich abbauen, und die Erwartungs- und Verhaltenssicherheit der Beteiligten kann erhöht werden. ¹³⁸ Insofern kann durch den Einbezug der Beteiligten bei der Entscheidenvorbereitung und -findung der Begrenztheit der menschlichen Leistungs- und Entscheidungskapazitäten entgegengetreten werden. ¹³⁹ In diesem Zusammenhang steht ein vielfach genannter Grund für das Aufkommen von Verhandlungselementen im Verwaltungsrecht, nämlich die oft beklagten «Vollzugsdefizite», d.h. die Schwierigkeiten der Behörden, das Recht anzuwenden und durchzusetzen, ¹⁴⁰ wobei die Gründe für diese Defizite vielfältig sind. ¹⁴¹

Ein weiteres Argument, das zugunsten des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns vorgetragen wird, besteht im Gewinn an Effektivität und Effizienz. ¹⁴² Verhandlungen und Verständigungen, die zwar vorerst Mehraufwand mit sich bringen, zahlen sich aus, wenn sich dadurch mit Verzögerungen verbundene Streitverfahren vermeiden lassen. ¹⁴³ Kooperative und konsensuale Elemente bei der Regelung von öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen füh-

134 PFENNINGER (Fn. 4), S. 53.

135 PFENNINGER (Fn. 4), S. 53 f.

136 PFENNINGER (Fn. 4), S. 53, 59; vgl. auch RICHLI (Fn. 3), S. 389; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 867 (bezogen auf informell-konsensuale Absprachen).

137 HÖSLI (Fn. 7), S. 70; MÄCHLER (Fn. 4), S. 83; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 875; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 51; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1307; SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 75; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105; PFISTERER (Fn. 7), S. 199; SCHAEFER (Fn. 9), S. 263.

138 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 875.

139 MÄCHLER (Fn. 4), S. 82.

140 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 71 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 82; PFENNINGER (Fn. 4), S. 55, 57, 59; PFISTERER (Fn. 7), S. 199; RICHLI (Fn. 3), S. 388; vgl. zu den Grenzen hoheitlicher Rechtsdurchsetzung auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 873.

141 Vgl. dazu PFENNINGER (Fn. 4), S. 57.

142 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 71 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 83; NOTTER (Fn. 7), S. 71; PFENNINGER (Fn. 4), S. 54 ff.; RICHLI (Fn. 3), S. 388; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 51.

143 HÖSLI (Fn. 7), S. 71; vgl. auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 55; PFISTERER (Fn. 7), S. 265 f.

ren demnach unter Umständen schneller zu einer dauerhaften Konfliktbereinigung.¹⁴⁴ Sie stehen somit auch im Dienste der Beschleunigung des Verwaltungshandelns und -verfahrens.¹⁴⁵ Effizienz- und Effektivitätssteigerungen liegen aber nicht nur in der Vermeidung von langwierigen Rechtsstreitigkeiten,¹⁴⁶ sondern etwa auch im verbesserten Informationsaustausch zwischen der Behörde und Privaten und den daraus resultierenden Synergieeffekten des gekoppelten «Know-how» begründet.¹⁴⁷ Indem die Verwaltung ihre Vorstellungen frühzeitig aufzeigen kann und die privaten Akteure ihre Sicht der Dinge darlegen können, lassen sich auf Missverständnissen beruhende administrative Leerläufe sowie zeitraubende und kostspielige Fehlplanungen auf privater Seite vermeiden.¹⁴⁸ Durch Vorabgesprächen im Umfeld von förmlichen Verwaltungsverfahren (z.B. über die Genehmigungsfähigkeit eines bestimmten Projekts) und die damit einhergehende Verfahrensbeschleunigung kann Planungs- und Investitionssicherheit geschaffen werden.¹⁴⁹ Aus der Sicht der privaten Akteure dürfte das Argument der Effizienzsteigerung ein wesentlicher Beweggrund sein, um mit der Verwaltung zu kooperieren.¹⁵⁰ Dabei dürfte aber nicht nur Effizienzsteigerung im Sinne von Zeitgewinn und Synergien zu Buche schlagen; so wird treffend hervorgehoben, dass auch auf der Kommunikationsebene Vorteile zu finden sind, indem etwa «die Beeinflussungsmöglichkeit im Rahmen des kooperativen Verwaltungshandelns wesentlich weniger aufwendig [ist] als etwa das Lobbying im Zuge der Gesetzgebung».¹⁵¹ Dieser Umstand wiederum wirft aus rechtsstaatlicher Hinsicht die Frage nach der Sicherstellung von Unabhängigkeit und Integrität der Verwaltungsbehörden beim kooperativen und konsensualen Verwaltungshandeln auf.¹⁵²

Freilich dürfen diese Ausführungen nicht darüber hinwegtäuschen, dass in den meisten Bereichen der Verwaltungstätigkeit auch heute noch der autoritative Vollzug die effektivste und effizienteste Vorgehensweise darstellt; dies gilt namentlich für die Massenverwaltung sowie für Verfahren, bei denen weder die Rechts- noch die Sachlage «unübersichtlich», «gestaltungsspielraumeröffnend» oder «kompliziert» ist.¹⁵³

144 PFENNINGER (Fn. 4), S. 55; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105 (Rechtssicherheit kann schneller hergestellt werden).

145 HÖSLI (Fn. 7), S. 72; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968, die in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinweist, dass kein grundrechtlicher Anspruch auf Durchführung von konsensual ausgerichteten Verfahren, die mit Beschleunigungspotenzial verbunden sind, besteht. Ein solcher ergebe sich insbesondere nicht aus Art. 29 Abs. 1 BV, der auch ein Verbot der Rechtsverzögerung beinhaltet.

146 Vgl. auch B./IV./I./c.

147 PFENNINGER (Fn. 4), S. 55; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 71.

148 HÖSLI (Fn. 7), S. 71 f.

149 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968.

150 HÖSLI (Fn. 7), S. 71; PFENNINGER (Fn. 4), S. 55.

151 PFENNINGER (Fn. 4), S. 55 f.

152 Vgl. B./IV./2./f.

153 HÖSLI (Fn. 7), S. 74.

b. *Kompensation für eine geringere rechtssatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns, Abbau von Rechtsunsicherheit*

Nach Art. 5 Abs. 1 BV bildet das Recht Grundlage und Schranke behördlichen Tätigwerdens. Das Legalitätsprinzip hat in der Vergangenheit eine beachtliche Stärkung erfahren; es gilt über die Eingriffsverwaltung hinaus in sämtlichen Bereichen administrativer Tätigkeit.¹⁵⁴ Anders als es das Bild einer strikt rechtsgebundenen Verwaltung vermittelt, variiert der Grad rechtssatzmässiger Determinierung in den verschiedenen Bereichen des administrativen Gesetzesvollzugs stark.¹⁵⁵ Namentlich in Folge der steigenden Komplexität der zu regelnden Materien und des zunehmenden Handelns ausserhalb der klassischen Eingriffsverwaltung (Leistungs-, Infrastruktur- und Risikoverwaltung) ist das Bedürfnis nach «flexiblen, offenen Regelungstechniken» gestiegen, zumal sich die betreffenden Materien nicht leicht in generell-abstrakte Form giessen lassen.¹⁵⁶ «Eine Konsequenz davon bildet, dass die die Verwaltung anleitenden, vermehrt final programmierten Erlasse regelmässig Beurteilungs- und Ermessensspielräume eröffnen.»¹⁵⁷ Die Verwaltung kann sich diesfalls nicht mehr auf die schematische Anwendung vorgezeichneter Inhalte beschränken; vielmehr kommt der Vollzug der «Teilhabe an der Rechtsverwirklichung» gleich.¹⁵⁸ Bestehen erhebliche Beurteilungsspielräume und sind im Einzelfall komplexe Interessenabwägungen vorzunehmen, drängen sich in verstärktem Masse kooperative und konsensuale Handlungsmodalitäten auf, um die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten zu beheben.¹⁵⁹ Dies gilt auch dann, wenn die zu beurteilenden Sachverhalte durch hohe Komplexität gekennzeichnet sind, weil sich vielfältige und schwierige technische, wirtschaftliche oder soziale Fragen stellen, oder wenn in gewissen Bereichen Gesetzesflut und Übernormierung dazu geführt haben, dass die anwendbaren Bestimmungen nur noch schwer überschaubar sind.¹⁶⁰ HÖSLI hält treffend fest: «Probleme lassen sich gemeinsam definieren und Lösungsansätze zusammen erarbeiten. Ein gegenseitiger Informationsaustausch bietet der Behörde die Gelegenheit darzulegen, wie sie unbestimmte Rechtsbegriffe auslegt und welche Rechtspraxis sie verfolgt. Umgekehrt kann die Behörde vom spezifischen Fachwissen des Privaten profitieren, dessen Rechtsauffassung kennenlernen sowie mögliche Widerstände erkennen. Private und Behörden erhalten damit Kenntnis von der Beurteilung der Rechts- und

154 Eingehend zu diesen Entwicklungen MÄCHLER (Fn. 4), S. 46 ff.; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 185; vgl. zum Geltungsbereich des Legalitätsprinzips HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 378 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 19 Rz. 22 ff.

155 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 186.

156 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 186.

157 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 186.

158 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 186.

159 HÖSLI (Fn. 7), 69 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 104; PFENNINGER (Fn. 4), S. 59; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 188, 867.

160 HÖSLI (Fn. 7), S. 69 f.

Sachlage des Gegenübers. Auf diese Weise lassen sich Ungewissheiten abbauen sowie Erwartungs- und Verhaltenssicherheiten erhöhen.»¹⁶¹ Kooperative und konsensuale Elemente dienen demnach dazu, eine geringere rechtssatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns zu kompensieren und Rechtsunsicherheiten im Vollzug abzubauen.¹⁶² «Umgekehrt dispensiert die Möglichkeit konsensualer Rechtskonkretisierung den Gesetzgeber indes auch von einer Überstrapazierung des Legalitätsprinzips»;¹⁶³ kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sind allerdings nicht geeignet, die Vorgaben und Funktionen des Legalitätsprinzips vollständig zu ersetzen bzw. zu übernehmen.¹⁶⁴ Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage hängen auch beim kooperativen und konsensualen Verwaltungshandeln letztlich von vielfältigen Faktoren wie etwa der grundsätzlichen Regulierbarkeit, der Grundrechtsrelevanz oder den mit einer Aufgabe verbundenen finanziellen Konsequenzen ab.¹⁶⁵

c. Vermeidung von (langwierigen) Rechtsstreitigkeiten, Beschleunigung von Verfahren

Durch eine umfassende Aufarbeitung des Sachverhalts und den Einbezug aller relevanter Interessen können die Entscheidungsgrundlagen verbessert und potenzielle Konflikte frühzeitig abgebaut werden.¹⁶⁶ Bei den einzelnen involvierten Akteuren vorhandene Auffassungen können korrigiert und unterschiedliche Standpunkte einander angenähert werden.¹⁶⁷ Im Rahmen von auf Konsens ausgerichteten Verfahren haben die Beteiligten die Möglichkeit, einander so entgegenzukommen, dass beim Ausgang des Verfahrens keine Differenzen mehr bestehen.¹⁶⁸ Dadurch werden gerichtliche Auseinandersetzungen entbehrlich.¹⁶⁹ Konsensuale Elemente können demnach auch der Verfahrensbeschleunigung dienen.¹⁷⁰ Das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln stellt insofern ein Instrument zur Konfliktvorbeugung, -eindämmung und -bewältigung dar.¹⁷¹

161 HÖSLI (Fn. 7), S. 70.

162 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 69 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 104; PFENNINGER (Fn. 4), S. 59; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 188; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 45 f. («sinkende Steuerungsfähigkeit traditionellen Ordnungsrechts»); SCHULZE-FIELITZ (Fn. 30), Rz. 75.

163 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 188.

164 Vgl. dazu differenziert MÄCHLER (Fn. 4), S. 102 ff.

165 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 189. Vgl. zum Legalitätsprinzip als Rahmenbedingung des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns D./II./1.

166 HÖSLI (Fn. 7), S. 70.

167 HÖSLI (Fn. 7), S. 70.

168 HÖSLI (Fn. 7), S. 70.

169 HÖSLI (Fn. 7), S. 70 f.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 604; MÄCHLER (Fn. 4), S. 83; RICHLI (Fn. 3), S. 388; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 51.

170 Vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.1 (bezüglich Vorabsprachen); FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 49.

171 HÖSLI (Fn. 7), S. 71; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 967.

d. Erhöhung der Akzeptanz bei den Betroffenen

Zugunsten des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns wird vielfach hervorgehoben, dass durch Verhandlung und Kompromiss die Akzeptanz von Verwaltungsentscheiden bei den Betroffenen gesteigert werden kann.¹⁷² Akzeptanz als psychologisches Phänomen bedeutet die «individuelle Bereitschaft, etwas anzunehmen, etwas zu billigen».¹⁷³ Zwar sind der Inhalt bzw. die materielle Richtigkeit eines Entscheids für die individuelle Akzeptanz stets ein bedeutender Faktor, ausschlaggebend ist aber vor allem die Art und Weise, wie ein Verfahren abgewickelt wurde und Entscheide zustande gekommen sind.¹⁷⁴ Wird dieser Prozess vom Betroffenen als fair und gerecht empfunden, steigt seine Akzeptanzbereitschaft.¹⁷⁵ Im asymmetrischen Bürger-Staat-Verhältnis¹⁷⁶ sind die Bedingungen hierfür nicht besonders günstig, denn für die Betroffenen bedeutet der Umstand, dass die Behörde einseitig und autoritativ entscheidet, einen erheblichen «Kontrollverlust».¹⁷⁷ Wengleich bereits durch Partizipationsmöglichkeiten im Verfahren auf Erlass von Verfügungen Kontrollverlustgefühle und eine daraus resultierende Abnahme der Akzeptanzbereitschaft vermindert werden können,¹⁷⁸ dürften weitergehende kooperative und konsensuale Elemente in der verwaltungsrechtlichen Entscheidfindung, namentlich das Aushandeln und die Kompromissfindung, die Akzeptanz der Betroffenen zusätzlich erhöhen.¹⁷⁹ Diese Auffassung dürfte indes bei immateriellen Streitigkeiten über Werte und Weltanschauungen nicht zutreffend sein. So weist MÜLLER in nach-

172 Vgl. FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 47 f.; GUTH (Fn. 7), S. 177; HÖSLI (Fn. 7), S. 74; SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 23; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 604; MÄCHLER (Fn. 4), S. 84; NOTTER (Fn. 7), S. 71; PFENNINGER (Fn. 4), S. 61; PFISTERER (Fn. 7), S. 199; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1327; RICHLI (Fn. 3), S. 389; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 875; THOMAS WÜRTEMBERGER, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, Baden-Baden 1996, S. 54 ff., 100 ff.; vgl. zur Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens MARKUS MÜLLER, Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 57–68.

173 MÜLLER (Fn. 172), S. 61.

174 MÜLLER (Fn. 172), S. 61 f.; vgl. auch DERS., Höflichkeit im öffentlichen Verfahren, in: Martina Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2010, S. 315–331, S. 322 f.

175 MÜLLER (Fn. 174), S. 323; zu den Merkmalen eines gerechten und fairen Verfahrens vgl. DERS. (Fn. 172), S. 63 ff.

176 Vgl. dazu B./I.; vgl. zum öffentlichen Verfahren als asymmetrischer Kontakt MÜLLER (Fn. 174), S. 320 ff.

177 MÜLLER (Fn. 172), S. 63.

178 MÜLLER (Fn. 172), S. 66 f.; vgl. auch DERS. (Fn. 2), S. 41.

179 Vgl. WÜRTEMBERGER (Fn. 172), S. 54 ff., 100 ff., für den das Aushandeln und die Kompromissfindung zentrale Akzeptanzfaktoren darstellen; vgl. auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 61 f.; skeptisch MÜLLER (Fn. 2), S. 41, der die Auffassung vertritt, dass ein zwingendes und förmliches (Gerichts-)Verfahren mit angemessenen Partizipationsmöglichkeiten als befriedigender wahrgenommen werde als ein alternatives Verfahren, das auf Vermittlung und Konsensfindung zwischen den Streitparteien ausgerichtet sei, wobei dies insbesondere auf immaterielle Streitig-

vollziehbarer Weise darauf hin, dass dem Bedürfnis von Streitenden, für gewisse Werte einzustehen, durch das autoritative Urteil einer neutralen Stelle besser Rechnung getragen werde als durch Streitschlichtung.¹⁸⁰

e. Ausdruck einer neuen Verwaltungskultur

Eine auf Kommunikation und weniger auf Konfrontation ausgerichtete administrative Konfliktlösungsstrategie trägt auch dem Wandel des Selbstverständnisses der Verwaltung Rechnung, «die nicht länger eine überhöhte, ausgesonderte Klasse eines obrigkeitlichen Staates bildet», sondern dem Bürger als «Partner» begegnet.¹⁸¹ Dies entspricht auch dem mittlerweile weit verbreiteten betriebswirtschaftlichen Verwaltungsmodell («New Public Management»), das durch «Kunden- und Bürgerorientierung» charakterisiert ist.¹⁸² Wesentlich zu einer neuen Verwaltungskultur tragen auch neue Informations- und Kommunikationstechnologien bei, die ein «Klima des Zusammenwirkens und [...] der Kooperation» begünstigen.¹⁸³

f. Weitere Vorzüge

Als weitere Gründe zugunsten des kooperativen und konsensualen Agierens der Verwaltung genannt werden die Möglichkeit im Rahmen von Verhandlungen flexible, auf den Einzelfall bezogene, massgeschneiderte Lösungen zu erzielen,¹⁸⁴ Proteste Dritter «abzupuffern», Verständnis zu wecken und einen sachgerechten Interessenausgleich bei mehrpoligen Konfliktlagen zu suchen,¹⁸⁵ bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Rechtsverhältnisse zu regeln, um damit die Grenzen der territorialen Souveränität zu überwinden,¹⁸⁶ im Rahmen von informellen Absprachen, die nicht unmittelbar auf Rechtswirkungen gerichtet sind, eine erhöhte Flexibilität zu schaffen,¹⁸⁷ durch Bürgernähe der Staatsverdrossenheit und Bürokratiekritik entgegenzuwirken¹⁸⁸ sowie eine Entlastung des Staats zu erreichen, ohne dass dieser seine sozialstaatliche Verantwortung

keiten über Werte und Weltanschauungen zutrefte; DERS. (Fn. 172), S. 61 («sie [Akzeptanz] ist auch nicht das Ergebnis von Verhandlung und Kompromiss»).

180 MÜLLER (Fn. 2), S. 42.

181 MÄCHLER (Fn. 4), S. 108, 82; SCHAEFER (Fn. 9), S. 247.

182 Vgl. ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse – Anforderungen – Impulse, Habil. Bern, Bern 2005, S. 34 f.; vgl. auch STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 92 ff.

183 Vgl. zu diesem Aspekt MÄCHLER (Fn. 4), S. 108 f.

184 MÄCHLER (Fn. 4), S. 83 f.; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 73; PFENNINGER (Fn. 4), S. 58; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 967.

185 MÄCHLER (Fn. 4), S. 84.

186 MÄCHLER (Fn. 4), S. 109 f.

187 HÖSLI (Fn. 7), S. 73; PFENNINGER (Fn. 4), S. 59; MÄCHLER (Fn. 4), S. 84; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 875.

188 HÖSLI (Fn. 7), S. 73 f.

aufgeben müsste.¹⁸⁹ Kooperationen ermöglichen im Übrigen auch eine «experimentelle Gesetzgebung», indem auf der Grundlage freiwilliger und rechtlich unverbindlicher Vereinbarungen (normvertretende) Regulierungen vorgenommen werden, deren Wirkungen und Folgen nicht mit Sicherheit im Voraus abgeschätzt werden können; bei Nichtbewähren der Regulierung erweist sich eine Änderung oder Aufhebung derselben als wenig problembehaftet.¹⁹⁰ Bezogen auf Mediationsverfahren wird ausgeführt, dass ein Mediator als Vermittler als unabhängiger erachtet wird als die entscheidbefugte Behörde und dass in solchen Verfahren mehr geregelt werden könne als in einem gewöhnlichen Verwaltungsverfahren.¹⁹¹ Nebst dem eigentlichen Streitgegenstand könnten weitere Themen einbezogen werden, wie ökonomische, soziale und psychologische Betrachtungsweisen; es seien «Kombi-Lösungen» möglich.¹⁹²

2. Gefahren und Kritik

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln ist freilich nicht ohne Kritik geblieben.¹⁹³ Es wird vor einer drohenden Aushöhlung von Verfassungsprinzipien gewarnt.¹⁹⁴ In der Folge ist ein Überblick über die gegen einvernehmliches Verwaltungshandeln vorgebrachten Einwände zu geben. Die weiter unten zu diskutierenden (verfassungsrechtlichen) Rahmenbedingungen und Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns haben nicht zuletzt zum Ziel, Antworten auf diese Problem- und Gefahrenlagen zu geben.¹⁹⁵ Mit anderen Worten kann den nachfolgend zu diskutierenden Kritikpunkten und Einwänden nur mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn auf sie aus rechtsstaatlicher Sicht überzeugende Antworten im Sinne von «rechtlichen Bewältigungsstrategien» gefunden werden können.¹⁹⁶ Auch für die kritischen Vorbringen gilt, dass nicht alle in gleicher Weise auf die vielfältigen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns in gleicher Weise zutreffen und sie überdies teilweise miteinander verknüpft und überlappend sind.

189 PFENNINGER (Fn. 4), S. 59; vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 71.

190 PFENNINGER (Fn. 4), S. 57.

191 NOTTER (Fn. 7), S. 71.

192 NOTTER (Fn. 7), S. 71.

193 Vgl. etwa die Übersichten bei HÖSLI (Fn. 7), S. 75 ff. (zum informell-kooperativen Verwaltungshandeln), MÄCHLER (Fn. 4), S. 120, sowie bezogen auf Deutschland bei WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Band I, Baden-Baden 1990, S. 13–41, S. 26 ff., und SCHAEFER (Fn. 9), S. 282 ff.

194 Vgl. dazu eingehend in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 55 ff.

195 Vgl. D./II.

196 Vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 120 f.; vgl. zu den «rechtlichen Bewältigungsstrategien» im Zusammenhang mit dem informellen Verwaltungshandeln FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 67 ff.

a. *Relativierung des Legalitätsprinzips und des Gebots rechtsgleicher Rechtsanwendung*

Sofern das Ergebnis eines Aushandlungsprozesses zwischen Verwaltung und Bürgern aus einem Kompromiss besteht, kann die Gefahr drohen, dass generell-abstrakte Rechtsvorschriften, welche die Verwaltungstätigkeit steuern und nach denen sich die Verwaltungsbehörden zu richten haben, relativiert, gelockert oder unterlaufen werden.¹⁹⁷ Um den Kompromiss zu suchen, kommt die Behörde dem Privaten entgegen, indem sie ihm beispielsweise Fristen gewährt, rechtswidrige Zustände duldet oder ihre Tätigkeit auf andere Weise nach den Wünschen des Privaten ausrichtet.¹⁹⁸ Umgekehrt kann es dazu kommen, dass der Private Zugeständnisse macht, die über das hinausgehen, was die Verwaltung verlangen könnte.¹⁹⁹ «Das Recht droht damit zu einem Tauschobjekt zu verkommen.»²⁰⁰ Ausserdem ist seine rechtsgleiche Anwendung und Durchsetzung in Frage gestellt.²⁰¹ Kritisiert wird die «dulden-opportunistische Einkalkulierung von Normverstössen durch die Verwaltung».²⁰² Weiter unten wird aufzuzeigen sein, dass das Legalitätsprinzip und das Rechtsgleichheitsgebot auch beim kooperativen und konsensualen Verwaltungshandeln uneingeschränkt gelten und diesem Schranken auferlegen, ohne diese Form des Verwaltungshandelns vollständig zu unterbinden; das zwingende öffentliche Recht darf nicht zur Verhandlungsmasse degenerieren.²⁰³ «Es würde dem rechtsstaatlichen Modell gesetzgebundenen Verwaltungshandelns widersprechen, wenn die Verwaltung darüber verhandelte, ob und wieweit sie eine gesetzliche Vorgabe ausführt.»²⁰⁴ HOFFMANN-RIEM ist zuzustimmen, wenn er meint, dass besonders problematisch wäre, «wenn die Verwaltung die Anwendung von Rechtsnormen, die Durchsetzung von Pflichten und die Sanktionierung von Normverstössen zur Disposition stellte und die Normenimplementation als Gegenleistung für Kooperation und Konsens einschränkte».²⁰⁵

b. *Selektive Interessenberücksichtigung*

Eine weitere Gefahr von Aushandlungsprozessen im Verwaltungsrecht wird darin gesehen, dass bestimmte Interessen nicht berücksichtigt und andere bevorzugt werden.²⁰⁶ Sofern der Private von Anfang an bei der Aufarbeitung des

197 HÖSLI (Fn. 7), S. 76; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 56; HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 26 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 74; MÄCHLER (Fn. 4), S. 120.

198 HÖSLI (Fn. 7), S. 76.

199 HÖSLI (Fn. 7), S. 76.

200 HÖSLI (Fn. 7), S. 76 f.

201 HÖSLI (Fn. 7), S. 77.

202 Vgl. die Hinweise bei SCHAEFER (Fn. 9), S. 282; vgl. auch HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 27.

203 Vgl. D./II./1.

204 HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 26 f.

205 HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 27.

206 HÖSLI (Fn. 7), S. 77; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.2 (betreffend informell-kooperatives Verwaltungshandeln); FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 53; HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28; PFENNINGER (Fn. 4), S. 74; MÄCHLER (Fn. 4), S. 120.

Sachverhalts mitwirkt und gemeinsam mit der Behörde eine Lösung erarbeitet, kann die Behörde leicht in die Versuchung geraten, «der Einfachheit halber die Ansichten des Privaten zu übernehmen und dessen Interessen vorrangig zu berücksichtigen».²⁰⁷ Die öffentlichen Interessen sowie die Interessen Dritter drohen vernachlässigt zu werden, da sich die Behörde an das Ausgehandelte gebunden fühlt und dabei die erforderliche unvoreingenommene Beachtung aller relevanter Interessen unterlässt.²⁰⁸ Aufgrund der Machtungleichgewichte, die in der Struktur der Gesellschaft angelegt sind, kann das Risiko der selektiven Interessenberücksichtigung verstärkt werden.²⁰⁹ Gewisse von staatlichen Entscheidungen betroffene Akteure verfügen über erhöhte Möglichkeiten, auf politische und administrative Prozesse Einfluss zu nehmen. Wenngleich dies auch beim einseitig-hoheitlichen, förmlichen Verwaltungshandeln zur Geltung kommen dürfte, akzentuiert sich dieser Umstand bei (informalen) Aushandlungsprozessen.²¹⁰ «Informale Aushandlungsprozesse erhöhen das Risiko, dass die auch sonst bestehenden Unterschiede in den Durchsetzungschancen folgenreich werden.»²¹¹ Durch kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln drohen deshalb die Grundsätze der Verfahrenschancengleichheit und der gleichmässigen Interessenberücksichtigung vernachlässigt zu werden.²¹²

c. *Gefährdung von Rechten Dritter*

Sind Aushandlungsprozesse mit einseitiger Interessenberücksichtigung verbunden, dürften in erster Linie die Rechte und Interessen Dritter, die von einer verhandelten Verwaltungsangelegenheit in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen sein können, unbeachtet bleiben.²¹³ Eine Vernachlässigung von Drittinteressen kann sich etwa ergeben, wenn sich ein Privater und die Verwaltung im Vorfeld eines förmlichen Entscheids über dessen wesentliche Inhalte informell abgesprochen haben, sodass sich die Behörde bei einer Einsprache gegen die nachfolgende förmliche Verfügung faktisch an die Abmachung gebunden fühlt.²¹⁴ Es ist zu befürchten, dass die Behörde in solchen Fällen die Vorbringen des Einsprechers nicht mit derselben Objektivität prüft, wie sie es ohne entsprechende Vorabbindung tun würde.²¹⁵ Dies kann insbesondere auch im Bereich der Ermessensbetätigung problematisch sein, da in diesem Bereich eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung vielfach eingeschränkt bzw. ausgeschlossen

207 HÖSLI (Fn. 7), S. 77.

208 HÖSLI (Fn. 7), S. 77; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.106; SCHAEFER (Fn. 9), S. 284.

209 HÖSLI (Fn. 7), S. 77; vgl. auch HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28.

210 HÖSLI (Fn. 7), S. 77 f.; vgl. auch HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28.

211 HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28.

212 HOFFMANN-RIEM (Fn. 193), S. 28; HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

213 HÖSLI (Fn. 7), S. 78; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.2 (betreffend informell-kooperatives Verwaltungshandeln); FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 60; MÄCHLER (Fn. 4), S. 120; TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 137.

214 HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

215 HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

ist.²¹⁶ Dieser Problemlage kann begegnet werden, indem die von einer Verwaltungsangelegenheit Betroffenen in hinreichender Weise in den (Aushandlungs-)Prozess einbezogen und Rechtsschutzmöglichkeiten für Dritte eröffnet werden.²¹⁷

d. Behinderung zügiger Verwaltungstätigkeit

Als Vorteile des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns wurden Effizienzsteigerungen und Beschleunigungspotenziale genannt.²¹⁸ Verhandlungen und Verständigungen können indes auch das Gegenteil zur Folge haben. Dies gilt etwa dann, wenn Verhandlungen von den Beteiligten bewusst als Verschleppungsstrategie eingesetzt werden.²¹⁹ Lange andauernde Verständigungsprozesse sind mit erheblichem Personal-, Zeit- und Kostenaufwand verbunden; steht am Ende des Prozesses kein Ergebnis, lassen sich die erhofften Effektivitäts- und Effizienzgewinne nicht erzielen, vielmehr verkehren sie sich in ihr Gegenteil.²²⁰ Dies kann auch dazu führen, dass Gesetze nicht oder nur mit grosser Verzögerung umgesetzt werden, wodurch die Vollzugsdefizite nicht abgebaut werden, sondern anwachsen.²²¹ Wird dennoch eine Einigung erzielt, diese aber nicht in eine rechtlich verbindliche Form (Verfügung, verwaltungsrechtlicher Vertrag) überführt und hält sich der Private schliesslich doch nicht an die informelle Absprache, hat die Verwaltungsbehörde noch eine entsprechende hoheitliche Anordnung zu erlassen, die darüber hinaus mit Rechtsmitteln angefochten werden kann.²²² «Schlagen demnach informelle Handlungsweisen in langwierige Verständigungsprozesse um, werden die zügige Verwaltungstätigkeit behindert und Verfahren verschleppt, ohne dass sich Rechtsstreitigkeiten vermeiden lassen.»²²³

216 HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

217 Vgl. dazu ausführlich und differenziert THURNHERR (Fn. 7), Rz. 690 ff. (in Bezug auf Verwaltungsverträge), Rz. 887 ff. (in Bezug auf Absprachen), Rz. 977 ff. (in Bezug auf Vorabsprachen), Rz. 1004 (in Bezug auf gütliche Einigungen als Verfügungsgrundlage); vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 25. Vgl. auch die allgemeinen Ausführungen bei D./I./1. und D./II./6. sowie in Bezug auf Vorabsprachen C./II./3./a.

218 Vgl. B./IV./1./a. und c.

219 HÖSLI (Fn. 7), S. 75; PFENNINGER (Fn. 4), S. 73 f.

220 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 75; vgl. dazu auch PFISTERER (Fn. 7), S. 265 f.

221 HÖSLI (Fn. 7), S. 76.

222 HÖSLI (Fn. 7), S. 76. Ein Beispiel für eine gescheiterte Kooperation stellt die informelle Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) und der Verpackungsindustrie zur Reduzierung von PVC-Verpackungen von 1985 dar. Diese Vereinbarung scheiterte am unüberschaubaren Kreis der Betroffenen. Die nicht in das Abkommen einbezogenen ausländischen Hersteller setzten weiterhin auf PVC-Verpackungen, was die wirtschaftlichen Interessen der Kooperationsbeteiligten so stark tangierte, dass sie nicht gewillt waren, die Vereinbarung aufrechtzuerhalten. In der Folge wurde eine Verordnung mit einem Verbot der Getränkeverpackungen aus PVC erlassen, wobei eine darauf gestützte Verfügung von Branchenvereinigungen angefochten worden ist; vgl. BGE 118 Ib 367; vgl. auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 73 f.

223 HÖSLI (Fn. 7), S. 76.

e. *Fehlende Transparenz, Erschwerung von Kontrolle*

Insbesondere informelle Absprachen werden vielfach in einem «Klima der Vertraulichkeit» geschlossen, wobei nicht immer alle Handlungen und deren Beweggründe dokumentiert werden.²²⁴ «Werden die Vorgänge oder gar der Verfahrensabschluss nicht schriftlich festgehalten, sind die wahren Hintergründe und Motive des entsprechenden Verwaltungshandelns für Dritte kaum durchschaubar und nur mit Schwierigkeiten zu rekonstruieren.»²²⁵ Beklagt wird insofern die fehlende Transparenz.²²⁶ Es wird in diesem Zusammenhang sogar von der «Dunkelkammer des Rechtsstaats» gesprochen.²²⁷ Dadurch kann die Kontrolle des Verwaltungshandelns beispielsweise durch parlamentarische oder verwaltungsinterne Aufsichtsinstanzen oder durch die Öffentlichkeit erschwert sein.²²⁸ Denn «[e]in Geflecht informell-kooperativer Abhängigkeiten ist erheblich schwerer kontrollierbar als ein förmliches Entscheidungsverfahren».²²⁹ Soweit informelle Absprachen formelle Akte ersetzen, kann es schliesslich an einem Anknüpfungspunkt fehlen, an dem der Rechtsschutz Platz greifen und letztlich auch die gerichtliche Kontrolle einsetzen könnte.²³⁰ In diesem Zusammenhang ist freilich darauf hinzuweisen, dass in den vergangenen Jahren – nicht zuletzt infolge von Art. 29a BV – der Rechtsschutz gegen informelles Handeln gestärkt worden ist (vgl. etwa im Bund Art. 25a VwVG).²³¹

f. *Distanzverlust*

Mit kooperativem und konsensuellem Verwaltungshandeln kann weiter die Gefahr verbunden sein, dass die involvierte Behörde ihre Neutralität und Unparteilichkeit verliert.²³² «Durch ständige, auf Konsens bedachte Zusammenarbeit mit privaten Absprachepartnern geht sie der notwendigen Distanz verlustig, und es ist zu befürchten, dass sie ihre Tätigkeit zu sehr nach den Interessen der

224 HÖSLI (Fn. 7), S. 78.

225 HÖSLI (Fn. 7), S. 78 f.; vgl. auch TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 137.

226 HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.106.

227 SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

228 HÖSLI (Fn. 7), S. 79; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 59; SCHAEFER (Fn. 9), S. 283; vgl. zur Verwaltungskontrolle FELIX UHLMANN, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 118 (2017), S. 471–489; ANDREAS STÖCKLI, Verwaltungskontrolle – eine Einführung, in: Jahrbuch 2018/2019 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2019, S. 3–46.

229 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

230 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

231 Vgl. dazu statt vieler GREGOR BACHMANN, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Diss. Freiburg, Bern 2019, S. 40 ff., 129 ff., 234 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 19 Rz. 21 ff. Vgl. auch D./II./6.

232 HÖSLI (Fn. 7), S. 79; vgl. auch SCHAEFER (Fn. 9), S. 263 («Argwohn der Kollusion»); THURNHERR (Fn. 7), Rz. 877 (Fn. 2750); vgl. zu Unparteilichkeitsproblemen bei informal-kooperativem Verwaltungshandeln eingehend MICHAEL FEHLING, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Habil. Freiburg i.Br., Tübingen 2001, S. 315 ff.

beteiligten Privaten ausrichtet.»²³³ Es kann dabei zu einer (unbemerkten) Vermengung von Gemeinwohl- und privaten Individualinteressen kommen.²³⁴ Das Bestreben des staatlichen Absprachepartners, «das Vertrauen des Privaten in ihn nicht zu enttäuschen, beraubt ihn seiner Unabhängigkeit und bindet ihn in seiner dem Recht verpflichteten Entscheidungsfindung».²³⁵ Die Verwaltung läuft Gefahr, in eine «Grauzone» zu geraten, «in der Kooperation in Kollaboration umschlägt».²³⁶ Gefährdet ist dadurch die sachgerechte und rechtsgleiche Berücksichtigung aller betroffenen Interessen durch eine zu Objektivität verpflichteten Behörde.²³⁷

g. Weitere Gefahren und Kritik

Das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln wird schliesslich auch dahingehend kritisch beurteilt, dass entsprechendes Handeln, namentlich wenn es in informeller Weise erfolge, die Gesetzgebung erschwere, da der Gesetzgeber die Wirkung gesetzlicher Massnahmen nicht mehr zuverlässig einzuschätzen vermöge,²³⁸ dass die Behörde, die das letzte Wort habe und jeweils auch einseitig-höheitlich entscheiden könne, über ein «Erpressungspotenzial» verfüge,²³⁹ dass die autoritative Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen den Vorteil habe, den in Wirklichkeit immer bestehenden Machtvorsprung der Verwaltung für alle Beteiligten unmissverständlich klarzustellen,²⁴⁰ dass die Auseinandersetzung über rechtspolitisch relevante Interessenlagen nicht mehr in der parlamentarischen Öffentlichkeit, sondern hinter den verschlossenen Türen eines «administrativen Arkanraums» stattfinde,²⁴¹ dass das Parlament auf kaltem Weg von politischer Verantwortung entbunden werde, wenn Verfahrensergebnisse nicht mehr von der Staatsverwaltung, sondern von privaten externen Konfliktmittlern herbeigeführt würden,²⁴² dass eine Umkehrung der Demokratie stattfinde, indem Einzelnen am demokratisch legitimierten Gesetz vorbei Vetopositionen eingeräumt würden,²⁴³ dass das förmliche auf Erlass einer Verfügung gerichtete Verwaltungsverfahren auf die Bewältigung von Komplexität ausgerichtet sei, während Verhandlungslösungen und die Zwischenschaltung von Konfliktmittlern wieder Komplexitätsspielräume eröffneten,²⁴⁴ dass eine selek-

233 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

234 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

235 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

236 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

237 HÖSLI (Fn. 7), S. 79.

238 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

239 Vgl. HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.106.

240 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 28 Rz. 15.

241 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

242 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

243 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 58 («Aufweichung demokratischer Legitimation durch selektive Partizipation»).

244 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 283.

tive Informationsgewinnung und -verarbeitung stattfindet,²⁴⁵ dass durch förmlichen Rechtsmittelverzicht die Rechtsschutzgarantien unterlaufen werden,²⁴⁶ dass es nicht einsichtig sei, durch die Übertragung der Verfahrensführung an einen privaten Konfliktmittler bzw. Mediator, die einer Privatisierung des Verfahrens gleichkomme, den Sachverstand der Verwaltungsbehörden brach liegen zu lassen und zu riskieren, dass die «Gemeinwohlorientierung des öffentlichen Dienstes im Bewusstsein seiner Mitarbeiter» verblasse,²⁴⁷ dass durch den Beizug externer Konfliktmittler öffentliche Haushaltsmittel verschwendet würden,²⁴⁸ dass es zu einer eigentümlichen Vermischung von hoheitlicher und privatautonomer Handlungslogik komme²⁴⁹ oder dass die vielfach beklagten administrativen Vollzugsdefizite letztlich auch in der Anwendung verfassungsrechtlicher Prinzipien, die überspitzt formuliert als Aufforderung zu zeitökonomisch und wirtschaftlich ineffizientem Staatshandeln interpretiert werden können, begründet sein können und insofern als Kosten des demokratischen Rechtsstaates hinzunehmen seien.²⁵⁰

C. Formen und Einsatzbereiche

In Vertiefung der Grundlagen sind nachfolgend die vielfältigen Formen (II.) und ausgewählte Einsatzbereiche (III.) des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns darzustellen. Vorab ist die Frage zu klären, inwiefern bei der Wahl der Handlungsform Ermessen besteht (I.).

I. Formenwahlermessen

Vor dem Hintergrund der umfangreichen Handlungsformen und -modalitäten²⁵¹ stellt sich die Frage, ob die Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben über Formenwahlermessen verfügt. Auf der normvollziehenden Ebene steht dabei insbesondere das Verhältnis zwischen der Verfügung und dem verwaltungsrechtlichen Vertrag bzw. der informell-konsensualen Absprache zur Diskussion. Des Weiteren muss dem Verhältnis zwischen der «klassischen» Verfügung und ihrer Anreicherung mit informell-konsensualen Elementen Beachtung geschenkt werden. In der älteren schweizerischen Rechtslehre wurde ein

245 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 877 (Fn. 2750).

246 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 284.

247 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 284 f.

248 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 285.

249 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 285 f.

250 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 285.

251 Vgl. zu den Handlungsformen der Verwaltung ausführlich HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 841 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 125 ff.

Formenwahlmessen bzw. eine Wahlfreiheit noch gemeinhin verneint, wobei diese Sichtweise insbesondere mit Blick auf das Verhältnis zwischen Verfügung und verwaltungsrechtlichem Vertrag formuliert wurde.²⁵² In der neueren Lehre wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Auffassung vor dem Hintergrund «der Handlungsformenvielfalt, den damit einhergehenden spezifischen Motivationen und den daraus resultierenden variablen Kombinationsmöglichkeiten» nicht zu überzeugen vermag.²⁵³ THURNHERR ist beizupflichten, dass «der Behörde ein gewisser Spielraum beim Entscheid für oder gegen eine bestimmte Handlungsmodalität nicht abgesprochen werden kann», wenngleich eine «nach Lust und Laune»²⁵⁴ ausübende Wahlfreiheit wegen des rechtsstaatlichen Rationalitätsgebots abzulehnen ist.²⁵⁵

THURNHERR schlägt in Bezug auf die Wahl einer bestimmten Handlungsmodalität in überzeugender Weise ein zweistufig angelegtes Verfahren vor: In einem *ersten Schritt* ist zu eruieren, ob es einen expliziten oder impliziten Ausschluss für bestimmte Handlungsformen und -modalitäten durch das zur Anwendung gelangende Recht gibt.²⁵⁶ Auf Verhandlungen basierende Modalitäten der Rechtskonkretisierung sind – sofern kein ausdrücklicher Ausschluss auf generell-abstrakter Ebene besteht²⁵⁷ – grundsätzlich dort zulässig, wo Gesetz und

252 Vgl. LUKAS BRÜHWILER-FRÉSEY, Verfügung, Vertrag, Realakt und andere verwaltungsrechtliche Handlungssysteme: Eine Untersuchung über ihr gegenseitiges Verhältnis, Diss. Freiburg, Bern 1984, Rz. 380; KURT EICHENBERGER, Verwaltungsprivatrecht, in: Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 75–92, S. 75 ff.; RENÉ RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 295–322, S. 321; TSCHANNEN (Fn. 2), Rz. 127, 138, lehnt eine «Wahlfreiheit» bereits wegen unterschiedlicher Steuerungswirkungen von Handlungsformen ab und spricht sich für den «Vorrang der Verfügung» aus; vgl. für einen «Vorrang der Verfügung» auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 27 Rz. 12 f.

253 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 167.

254 RHINOW (Fn. 252), S. 321.

255 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 167; vgl. auch ABEGG (Fn. 7), S. 154 ff.; für ein Formenwahlmessen in Bezug auf informell-konsensuales Verwaltungshandeln etwa HÖSLI (Fn. 7), S. 177, 185, 201.

256 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 168; vgl. in Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 21 ff.; BERNHARD WALDMANN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1–24, S. 13 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 194 f.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012, Rz. 2965 ff.; vgl. auch BGE 136 I 142 E. 4.1; BGE 136 II 415 E. 2.6.1.

257 So z.B. Art. 12 Abs. 2 USG, wonach Emissionsbegrenzungen durch Verordnung oder Verfügung festgelegt werden, wobei sich die rechtsanwendenden Behörden zuweilen darüber hinwegsetzen, indem die Anforderungen an die vorsorgliche Emissionsbegrenzung entgegen den gesetzlichen Vorgaben durch Absprache statt Verfügung festgesetzt werden; vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 168 (Fn. 522); ALEXANDER ZÜRCHER, Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz, Diss. Basel, Zürich 1996, S. 372 ff. Nach der Rechtsprechung ist es indes zulässig, emissionsbegrenzende Massnahmen in verwaltungsrechtliche Verträge aufzu-

Verordnung Raum offen lassen, sei es durch Einräumung von Ermessen, sei es durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.²⁵⁸ Sofern demgegenüber die konsensuale Konkretisierung des Sachverhalts zur Diskussion steht, bedarf es keines derartigen Spielraums; in diesem Fall verlagert sich die Diskussion gänzlich auf den zweiten Prüfschritt.²⁵⁹ Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung für konsensuale Handeln und einvernehmliche Lösungen ist demnach entbehrlich.²⁶⁰ Es ist deshalb zutreffend, wenn gesagt wird, dass das Legalitätsprinzip in erster Linie Konsequenzen hinsichtlich des mit einer bestimmten Handlungsform transportierten Inhalts entfalte.²⁶¹ Allerdings steht es dem Gesetz- und Verordnungsgeber offen, auf alternative, konsensuale Handlungsmodalitäten aufmerksam zu machen und eine gewisse (rechtlich nicht verbindliche) Präferenz für bestimmte Formen zum Ausdruck zu bringen, indem er die Behörden ausdrücklich zu deren Wahl motiviert, wie er dies beispielsweise mit dem Erlass von Art. 33b VwVG, Art. 41a USG, Art. 23 AltV²⁶², Art. 50 ATSG, Art. 34 Abs. 1 BPG²⁶³ und Art. 29 KG getan hat.²⁶⁴

Führt der erste Prüfschritt zum Ergebnis, dass sich der Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Handlungsform festgelegt hat, ist in einem *zweiten Schritt* zu fragen, welche Handlungsform einen effektiven, effizienten und mit den Grundwerten der Verfassung in Übereinstimmung stehenden Gesetzesvollzug gewährleistet bzw. «das rechtliche Steuerungspotenzial einer Norm am Besten zu aktivieren und längerfristig sicherzustellen vermag».²⁶⁵ Dabei sind freilich auch die verfahrensrechtlichen Konsequenzen der einzelnen Handlungsmög-

nehmen (vgl. BGer, Urteil 1A.14/2006 vom 18.8.2006, E. 2.3; BGer, Urteil 1A.266/2005 vom 13.3.2006, E. 2.4; WIEDERKEHR/RICHLI [Fn. 256], Rz. 2981).

Es kommt, wenn auch selten, vor, dass das anwendbare Verfahrensrecht das Primat einer bestimmten Handlungsform (der Verfügung) statuiert und für alternative Handlungsformen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage verlangt (vgl. Art. 49 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 [Nr. 155.21]).

258 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 168; vgl. für den verwaltungsrechtlichen Vertrag TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 23; WALDMANN (Fn. 256), S. 14; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2966 f.; für das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 168. Vgl. zum Verhandlungsspielraum hinsichtlich der Rechtsanwendung D./I./3./b.

259 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 168. Vgl. zum Verhandlungsspielraum hinsichtlich des Sachverhalts D./I./3./a.

260 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169; vgl. für den verwaltungsrechtlichen Vertrag BGE 136 I 142 E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 21; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2965; für das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 168 f.; für die konsensuale Streitbeilegung in Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren GUTH (Fn. 7), S. 71. Vgl. auch D./II./1.

261 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169.

262 Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung, AltV) vom 26. August 1998 (SR 814.680).

263 Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

264 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169. Weitere Beispiele für solche Normen, die auch auf kantonaler Ebene anzutreffen sind, sind an anderen Stellen (über den ganzen Beitrag verteilt) zu finden.

265 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 170 ff., insbesondere Rz. 173; vgl. auch WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 134.

lichkeiten (sowohl hinsichtlich der Adressaten und Partner der Verwaltung als auch betroffener Dritter) mitzubersichtigen.²⁶⁶ Im Vordergrund steht demnach die Frage nach der besten Eignung einer Handlungsform in Bezug auf die Erreichung des Gesetzeszwecks, wobei der Verwaltung in diesem Zusammenhang ein erhebliches Ermessen zukommt.²⁶⁷ Man kann demnach mit PFISTERER auch von einem «Wettbewerb der Lösungswege» sprechen,²⁶⁸ der allerdings erst auf der zweiten Ebene der Prüfung zum Tragen kommt. Ob eine konsensuale Handlungsform gewählt wird, entscheidet sich auf dieser Ebene demnach aufgrund einer Abwägung der Vor- und Nachteile in Bezug auf den effizienten und effektiven Gesetzesvollzug im Einzelfall.²⁶⁹ Sofern keine spezifische Handlungsform gesetzlich vorgeschrieben ist, ist im Übrigen ein Wechsel von einer Handlungsschiene auf eine andere zulässig, indem etwa von einem einseitig-hoheitlich geführten Verfügungsverfahren zu einem eher kooperativen Vorgehen, sei es informell oder auf Rechtswirkungen ausgerichtet, umgeschwenkt wird.²⁷⁰

II. Übersicht über die einzelnen Formen

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln im Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten kann – wie bereits weiter oben eingehend dargelegt²⁷¹ – nach unterschiedlichen Kriterien systematisiert werden. In der Folge sollen die einzelnen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht²⁷² im

266 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 173.

267 Vgl. zum Kriterium der besseren Eignung im Verhältnis zum Verfügungsmässigen Handeln THURNHERR (Fn. 7), Rz. 171 ff.; vgl. auch in Bezug auf das Verhältnis Verfügung und Verwaltungsvertrag BGE 136 I 142 E. 4.1; BGE 136 II 415 E. 2.6.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 24 ff., die verschiedene sachliche Gründe für die Wahl der Vertragsform nennen (dauerhafte Bindung, konsensuale Konkretisierung von Ermessensspielräumen oder einvernehmliche Konfliktbeilegung); WALDMANN (Fn. 256), S. 13 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 195 f.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2970 ff. (die diesem Kriterium allerdings kritisch gegenüberstehen; vgl. DIES. [Fn. 256], Rz. 3060; vgl. auch BVGE 2015/15 E. 2.4.1); in Bezug auf das Verhältnis zwischen Verwaltungsvertrag und informell-konsensuellem Verwaltungshandeln vgl. PFENNINGER (Fn. 4), S. 72; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

268 PFISTERER (Fn. 7), S. 270.

269 PFISTERER (Fn. 7), S. 270 ff., 279, der in diesem Zusammenhang auf verschiedene Eignungskriterien des konsensualen Handelns hinweist, wobei vorab zu diskutieren sei, was konsensuale Prozesse zu einer besseren Aufgabenerfüllung und zu einer Integration von Konflikten beitragen können und welche Rolle Verhandlungstauglichkeit und -bereitschaft spielen. Vgl. zu den Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns D./I. Vgl. zur Wahl des optimalen Lösungswegs zwischen verschiedenen konsensualen Handlungsformen, wie z.B. der Einigung, des Vergleichs, der Schlichtung und der Mediation auch THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation und Schlichtung – Einführung in Art. 33b VwVG, AJP 2010, S. 1540–1558, S. 1555 ff.

270 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1051.

271 Vgl. B./III.

272 Vgl. zum Begriff Fn. 13.

Sinne einer typologischen Beschreibung – überblicksartig²⁷³ – dargestellt werden. Es wird dabei nicht das Ziel verfolgt, sämtliche Formen abschliessend zu erfassen; ein solches Unterfangen wäre angesichts des fehlenden Numerus Clausus und der vielfältigen Kombinierbarkeit von Formen auch kaum zu bewältigen.²⁷⁴ In die Betrachtung werden sowohl die «erstinstanzliche» Bewältigung von Verwaltungsangelegenheiten und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten als auch die Rechtsmittelverfahren einbezogen²⁷⁵. Es werden dabei auch die Vor- und Nachteile und mögliche Einsatzbereiche der einzelnen Formen sowie Abgrenzungen zu anderen Formen aufgezeigt.

1. *Verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Vertrag*

Als verwaltungsrechtlicher Vertrag (öffentlich-rechtlicher Vertrag, Verwaltungsvertrag) gilt die Vereinbarung eines Verwaltungsträgers mit einem anderen Rechtssubjekt über die Regelung konkreter Rechtsverhältnisse.²⁷⁶ Unterschieden wird zwischen koordinationsrechtlichen (abgeschlossen zwischen Verwaltungsträgern) und subordinationsrechtlichen (abgeschlossen zwischen einem Verwaltungsträger und einem Privaten) Verträgen,²⁷⁷ wobei vor-

-
- 273 Eine vertiefte Darstellung der einzelnen Formen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Zu den einzelnen Formen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns liegen auch bereits vertiefte und aktuelle Monographien vor; vgl. etwa zum verwaltungsrechtlichen Vertrag ABEGG (Fn. 7), zum informell-konsensualen Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7) und PFENNINGER (Fn. 4), zum Vergleich MÄCHLER (Fn. 4), S. 278 ff., zu Ombudsstellen ROLF STEINER/ANDREAS NABHOLZ, *Ombuds-Mediation, Mediation in der öffentlichen Verwaltung*, insbesondere durch parlamentarische Ombudsstellen in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2003, sowie zur Mediation GUY-ECABERT (Fn. 7), NOTTER (Fn. 7), und die zahlreichen Schriften von PFISTERER (siehe Literaturverzeichnis). Vgl. auch die Typologie der verschiedenen Formen der konsensualen Streitbeilegung im deutschen Verwaltungsrecht bei KALTENBORN (Fn. 5), S. 29 ff.
- 274 Vgl. auch BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 146 f., die, obwohl sie nicht von einem Numerus Clausus ausgehen, in Bezug auf die einvernehmliche Streitbeilegung im Verwaltungsrecht insbesondere drei Formen, die Mediation, die Schlichtung sowie Verfahren vor einer Ombudsperson, unterscheiden; ähnlich auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 236 ff., welche die Formen Ombudsstellen, Schlichtung, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit unterscheiden, wobei Letztere nicht als «règlement amiable au sens propre» qualifiziert wird.
- 275 Vgl. zu kooperativen und konsensualen Elementen in der Verwaltungsrechtspflege grundlegend MÄCHLER (Fn. 4), S. 155 ff.
- 276 Vgl. ausführlich zum verwaltungsrechtlichen Vertrag ABEGG (Fn. 7); JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Basel 2014, § 19; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1286 ff.; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.79 ff.; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, Volume II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Aufl., Bern 2011, S. 415 ff.; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2018, Rz. 970 ff.; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 600 ff. (insbesondere bezogen auf die Geltung der Verfahrensgrundrechte); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 188 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2940 ff. Vgl. zu Verfahrensfragen im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, *Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts. Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Bern 2020, Rz. 2462 ff.
- 277 Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1304, 1307; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.81; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 15 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2942.

liegend die subordinationsrechtlichen Verwaltungsverträge im Vordergrund stehen. Gleich wie die Verfügung sind Verwaltungsverträge unmittelbar auf Rechtswirkungen ausgerichtet und haben eine individuell-konkreten Regelungscharakter; anders als bei der Verfügung, die von der Behörde einseitig-hoheitlich erlassen wird, beruht das Zustandekommen des Verwaltungsvertrags auf dem Einverständnis der Parteien.²⁷⁸ Charakteristisches Merkmal des verwaltungsrechtlichen Vertrags ist – insbesondere in Abgrenzung zur mitwirkungsbedürftigen Verfügung – weiter auch die inhaltliche Gestaltungsfreiheit.²⁷⁹ Der Verwaltungsvertrag grenzt sich von der informellen Absprache²⁸⁰ einerseits dadurch ab, dass Ersterer auf Rechtswirkungen und Rechtsverbindlichkeit beruht, während Letztere bloss auf faktische Wirkungen und eine «explizite Abkehr von der Rechtsverbindlichkeit»²⁸¹ ausgerichtet ist.²⁸² Andererseits werden informelle Absprachen oftmals formlos abgeschlossen, während für verwaltungsrechtliche Verträge in der Regel Schriftlichkeit verlangt wird.²⁸³ Zwischen Verwaltungsvertrag und informeller Absprache besteht aber eine gewisse Austauschbarkeit, da sich teilweise dieselben Konstellationen sowohl auf rechtliche als auch auf tatsächliche Weise oder mittels einer Kombination dieser beiden Optionen bewältigen lassen.²⁸⁴

278 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1288 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 4 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3051 ff.

Der Umstand, dass gewisse Verfügungen auch von der Mitwirkung der Privaten abhängig sind (sog. mitwirkungsbedürftige Verfügungen) oder dass der Inhalt einer Verfügung zuvor zwischen dem Verwaltungsträger und dem künftigen Verfügungsadressaten ausgehandelt worden ist (man könnte von einer «paktierten Verfügung» sprechen; vgl. auch SCHOCH [Fn. 29], § 37 Rz. 43; vgl. dazu auch C./II./3./b.) macht diese noch nicht zu einem verwaltungsrechtlichen Vertrag; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.79; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 6; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3054.

In der Praxis kommen im Übrigen auch Kombinationen zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag und Verfügung vor, so etwa bei Konzessionen, bei Erschliessungsvereinbarungen in Verbindung mit einer Baubewilligung (vgl. BGE 112 II 107 E. 1) oder bei Anstellungsverhältnissen im öffentlichen Dienst, wenn sie zwar durch mitwirkungsbedürftige Verfügung begründet werden, aber Fragen durch ergänzende Parteivereinbarung geregelt werden, die nicht generell-abstract und verbindlich normiert bzw. ihrer Natur nach nur schwer durch Verfügung festlegbar sind (vgl. VGer ZH, Urteil PK.2002.00003 vom 14.8.2002, E. 2b); vgl. WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3055.

279 Vgl. dazu ausführlicher WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3052; vgl. auch BVGE 2015/15 E. 2.4.2.

280 Vgl. C./II./2.

281 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

282 WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3058; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 151.

283 Vgl. WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 190, 208; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3058; vgl. zur Schriftlichkeit als Gültigkeitsvoraussetzung des verwaltungsrechtlichen Vertrags auch BGer, Urteil 1C_61/2010 vom 2.11.2010, E. 4.1.

284 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 151.

Anders als etwa im bundesdeutschen Verwaltungsverfahrensgesetz²⁸⁵ gibt es in der Schweiz keine allgemeine Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrags; so regelt das VwVG auf Bundesebene einzig das Verfügungshandeln (vgl. Art. 1 Abs. 1 VwVG); es ist auf vertragliches Handeln nicht anwendbar.²⁸⁶ Trotzdem lassen sich in zahlreichen Gebieten des öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone vertragliche Lösungen finden, so etwa im Pflichtlager-, Umwelt-, Planungs-, Bau-, Steuer- und Abgabe-, Subventions-, Energie-, Schul-, Personal-²⁸⁷, Krankenversicherungs- und Konzessionsrecht sowie im Zusammenhang mit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben oder der Benützung öffentlich-rechtlicher Anstalten.²⁸⁸ In diesem Zusammenhang ist weiter auch der Vergleichsvertrag zu erwähnen, «der häufiger vorkommt als gemeinhin angenommen wird»;²⁸⁹ er ist vor allem im Rahmen von Rechtsmittelverfahren verbreitet, kann aber auch im Rahmen erstinstanzlicher Verfahren oder ausserhalb von Verfahren zum Tragen kommen.²⁹⁰ Der Verwaltungsvertrag ist heute auch in Verwaltungsbereichen anzutreffen, die traditionell als vertragsfeindlich eingestuft wurden, so etwa im Ausländerrecht (vgl. Art. 58b AIG²⁹¹), im klassisch hoheitlichen Bereich der polizeilichen Sicherheit sowie im Bereich der Sozialhilfe.²⁹²

Als Motive für die Wahl des verwaltungsrechtlichen Vertrags vielfach genannt werden das Bedürfnis nach dauerhafter Bindung, die Begründung eigent-

285 Vgl. §§ 54–62 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 25 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846) geändert worden ist; vgl. zum verwaltungsrechtlichen Vertrag im deutschen Verwaltungsrecht VOLKER SCHLETTE, Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Habil. Göttingen, Tübingen 2000.

286 Vgl. statt vieler WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2941.

287 Vgl. zum Vertragshandeln im Bundespersonalrecht HELBING, in: Portmann/Uhlmann (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BPG, Art. 34 Rz. 11. Vgl. insbesondere Art. 34 Abs. 1 BPG, wonach bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis primär eine Einigung zu suchen ist, bevor durch den Arbeitgeber verfügt wird. Die Einigung erfolgt mittels eines Vertrags (bzw. eines Vergleichs); vgl. dazu ausführlich HELBING, in: Portmann/Uhlmann (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BPG, Art. 34 Rz. 11 ff.

288 Vgl. dazu ausführlich HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1320 ff. (bezogen auf die Zulässigkeit von solchen Verträgen); vgl. auch WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2946.

289 WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2946; vgl. auch PFISTERER (Fn. 7), S. 244.

290 WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2946; vgl. zum Vergleichsvertrag ausführlicher C./II./3./b. und C./II./4.

Aktuelle Beispiele für Vergleiche ausserhalb von Verwaltungsverfahren sind etwa jene, die der von Submissionsabsprachen geschädigte Kanton Graubünden mit einigen an den Submissionsabsprachen beteiligten Bauunternehmen im Zusammenhang mit dem «Bündner Baukartell» abgeschlossen hat. Bestandteil dieser Vergleiche bildete neben den Schadenersatzzahlungen insbesondere die Zusicherung des Kantons, die beteiligten Unternehmen bei künftigen Vergabeverfahren weiterhin zuzulassen, sie also nicht zu sperren; vgl. etwa Medienmitteilung der Regierung des Kantons Graubünden vom 14. Juni 2019 «Kanton schliesst Vergleichvereinbarungen mit in WEKO-Verfahren involvierten Bauunternehmen ab».

291 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

292 Vgl. ABEGG (Fn. 7), S. 148; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2946.

licher Austauschverhältnisse, die konsensuale Konkretisierung von erheblichen Ermessensspielräumen der Behörde sowie die einvernehmliche Beilegung von verwaltungsrechtlichen Konflikten zwischen Gemeinwesen und Privaten.²⁹³ Als Vorteil des verwaltungsrechtlichen Vertrags wird zudem hervorgehoben, dass Private zu Leistungen verpflichtet werden können, zu denen die Verwaltung einen Privaten mittels Verfügung nicht zwingen könnte.²⁹⁴

Abzugrenzen ist der verwaltungsrechtliche Vertrag überdies vom privatrechtlichen Vertrag, welcher der Regelung von privatrechtlichen Rechtsverhältnissen dient.²⁹⁵ Seine Zulässigkeit als Handlungsform der Verwaltung wird heute nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt.²⁹⁶ Die Abgrenzung zwischen verwaltungs- und privatrechtlichem Vertrag fällt zuweilen schwer. Sind dem Gesetz keine Hinweise zu entnehmen (ausdrückliche Regelung oder Verweis auf Zivilgerichte), ist der Vertrag anhand seines Gegenstands zu qualifizieren, wobei in erster Linie danach zu fragen ist, ob der Vertrag in unmittelbarer Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe abgeschlossen wurde.²⁹⁷ Privatrechtliche Verträge, an denen die Verwaltung als «Vertragspartner» beteiligt ist, sind heute in Teilen der Leistungs- und Bedarfsverwaltung (z.B. öffentliches Dienst- und Beschaffungsrecht) sowie in den Bereichen der Verwaltung des Finanzvermögens und der staatlichen Teilnahme an der Wettbewerbswirtschaft verbreitet und anerkannt.²⁹⁸ Sofern das zivilrechtliche Handeln der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dient, bleibt die Verwaltung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden.²⁹⁹ Nicht ausgeschlossen ist im Übrigen die Kombination von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag.³⁰⁰

293 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1314 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 24 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2947; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 152.

294 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1317; vgl. zur Zulässigkeit solcher Verträge auch BGE 136 I 142 E. 4.2, und D./II/1.

295 HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.80; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 7; vgl. zum privatrechtlichen Vertrag als Handlungsform der Verwaltung auch MOOR/POLTIER (Fn. 276), S. 483 ff.

296 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 42 Rz. 1 ff., die allerdings zu Recht auf den Vorrang des öffentlichen Rechts und den Ausnahmecharakter des privatrechtlichen Handelns der Verwaltung hinweisen.

297 Vgl. BGE 134 II 297 E. 2.2.; ABEGG (Fn. 7), S. 54 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1292 ff.; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.80; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 7 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 191 f.

298 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1384 ff.; HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.91 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 42 Rz. 4 ff.

299 Vgl. statt vieler BGE 139 I 306 E. 3.2.2.; BGE 129 III 35 E. 5.; BGE 127 I 84 E. 4c.; BGE 109 Ib 146 E. 4.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36 Rz. 9; JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018, S. 52 ff.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 7 Rz. 49 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 42 Rz. 6; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 Rz. 18 ff.

300 Vgl. dazu WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 3048.

2. Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns

Informell-konsensuales Verwaltungshandeln kann in verschiedenen Formen in Erscheinung treten,³⁰¹ wobei nachfolgend zwischen informellen Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns, die in diesem Abschnitt zu behandeln sind,³⁰² und Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen Verfahren³⁰³ unterschieden wird.³⁰⁴ Erstere bereiten einen staatlichen Akt nicht bloss vor, sondern treten gänzlich an dessen Stelle und bilden dadurch selber einen «Verfahrensendakt», während Letztere einen Verwaltungsakt bloss vorbereiten.³⁰⁵ Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns können als *normersetzende* oder *normvollziehende* Absprachen in Erscheinung treten.³⁰⁶ Während normersetzende Absprachen getroffen werden, um den Erlass einer Rechtsnorm abzuwenden,³⁰⁷ sind normvollziehende Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns auf der Ebene des Gesetzesvollzugs darauf ausgerichtet, eine förmliche Verwaltungsentscheidung nicht bloss vorzubereiten, sondern ganz oder teilweise an ihre Stelle zu treten;³⁰⁸ im letztgenannten Fall handelt es sich demnach um eine formlose, unverbindliche Verständigung zwischen Behörde und Privaten über die einvernehmliche Regelung einer Verwaltungsangelegenheit.³⁰⁹ In diesem Sinne umschriebene informelle Absprachen dienen der «Verhaltenslenkung ohne Rechtsbindung».³¹⁰ Es wird bewusst

301 Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen HÖSLI (Fn. 7), S. 28 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 22 ff.; vgl. auch zum deutschen Verwaltungsrecht FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 27 ff.; STEFFEN KAUTZ, Absprachen im Verwaltungsrecht, Zulässigkeit, Grenzen und Folgen, Diss. Bayreuth, Berlin 2002, S. 50 ff.

302 Zuweilen wird in diesem Zusammenhang auch von «Arrangements» und «Gentlemen's Agreements» gesprochen; vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 37 ff.; vgl. zu den «Gentlemen's Agreements» im öffentlichen Recht auch ÉTIENNE POLTIER, Les gentlemen's agreements à participation publique, ZSR 106 (1987) I, S. 367–402.

303 Vgl. dazu C./II./3.

304 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 143 ff.

305 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 143 f.

306 Vgl. zu dieser Unterscheidung HÖSLI (Fn. 7), S. 28 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 24 ff.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 34 ff. Zu den normvollziehenden Absprachen zählen allerdings nicht nur die informellen Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns, sondern auch die Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen Verwaltungsverfahren; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 32 f.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 26 f.

307 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 28 ff.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 24 ff.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 36 f. Für ein Beispiel einer letztlich gescheiterten normersetzenden Absprache vgl. BGE 118 Ib 367 (vgl. dazu Fn. 222). Zu den normersetzenden Absprachen werden auch die staatlich induzierten Selbstverpflichtungen der Wirtschaft gezählt, bei denen die Zusagen gegenüber dem Staat (horizontal) regelmässig von Wirtschaftsverbänden abgegeben werden, welche die Absprache sodann auf einer zweiten Ebene (vertikal) verbandsintern zwischen ihren Mitgliedern umsetzen müssen; vgl. FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 36; PFENNINGER (Fn. 4), S. 24 ff. Entsprechende Absprachen können auch unter den Begriff der «regulierten Selbstregulierung» gefasst werden; vgl. zu den verschiedenen Formen HETTICH (Fn. 63), Rz. 519 ff.

308 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 32 f.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 26 f.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 34 f.

309 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 39 Rz. 7.

310 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 39 Rz. 8.

vom gesetzgeberisch vorgesehenen Regelfall der Statuierung von Rechten und Pflichten in einem förmlichen Verfahren Abstand genommen.³¹¹ Die Inanspruchnahme von informellen Absprachen ist demnach wesentlich vom «Bestreben nach erweiterten Steuerungsoptionen» geleitet.³¹² Hoheitliches Handeln kann durch konsensuale Arrangements abgewendet werden.³¹³ «Die Behörde baut mit anderen Worten auf das freiwillige Einlenken des privaten Gegenübers, ohne dabei die Option späterer Verfügungen oder Verordnungen aus der Hand zu geben.»³¹⁴ Die Absprache steht demnach unter dem «Damoklesschwert» einer ansonsten drohenden hoheitlichen Massnahme.³¹⁵ Informelle Absprachen kennzeichnen sich durch die rechtliche Unverbindlichkeit des Vereinbarungstypus, das nicht mit hoheitlichen Mitteln vollstreckbar ist.³¹⁶ Es bestehen demnach bedeutende Unterschiede zur auf Rechtswirkungen gerichteten Verfügung, an deren Nichtbefolgung unmittelbar Sanktionen geknüpft werden können.³¹⁷ Absprachen teilen mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag die «konsensuale Genese»; anders als dieser begründen sie keine verbindlichen Rechte und Pflichten, die in Erfüllungsansprüche münden.³¹⁸ Obwohl zumindest teilweise eine gewisse Substituierbarkeit zwischen dem verwaltungsrechtlichen Vertrag und der informellen Absprache besteht, «drängt sich der Vertrag doch eher dort auf, wo eigentliche Austauschverhältnisse vorliegen und beide Parteien über ein Interesse an der rechtsverbindlichen Fixierung sowie der Durchsetzbarkeit des Vereinbarungstypus verfügen».³¹⁹ Demgegenüber scheint die informelle Absprache für die konsensuale Konkretisierung von gesetzlichen Pflichten prädestiniert, «bezüglich derer der involvierte Private [...] über Problemlösungskapazitäten verfügt, die jene der Behörden übersteigen».³²⁰ THURNHERR weist weiter darauf hin, dass in diesen Konstellationen regelmässig «die explizite Abkehr von der Rechtsverbindlichkeit zugunsten nicht erzwingbarer privater Zugeständnisse» handlungsleitendes Motiv bilde.³²¹ Von den ebenfalls einen faktischen Erfolg anstrebenden Warnungen und Empfehlungen unterscheiden sich Absprachen

311 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

312 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

313 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 39 Rz. 8.

314 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 39 Rz. 8.

315 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 864.

316 Vgl. BGE 118 Ib 367 E. 9, wonach sich aus informellen Absprachen weder ein Anspruch auf Erfüllung noch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ableiten lässt; BVGer, Urteil B-2625/2009 vom 4.3.2010, E. 4; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2846 f. Ausführlich zu den (beschränkten) mittelbaren rechtlichen Wirkungen (insbesondere diejenigen aus Culpa in contrahendo und dem Vertrauensprinzip) PFENNINGER (Fn. 4), S. 186 ff.; vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 925, und die Ausführungen unter D./II./5.

317 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865.

318 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865.

319 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

320 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876.

321 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 876; vgl. zu den Vor- und Nachteilen der informellen Absprache im Verhältnis zum verwaltungsrechtlichen Vertrag auch PFENNINGER (Fn. 4), S. 72.

dadurch, dass die Eingriffswirkung der Ersteren zwar letztlich vom Verhalten der adressierten Öffentlichkeit abhängen, von den Betroffenen selbst aber nicht beeinflusst werden können.³²² Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns sind vor allem im Wirtschaftsverwaltungsrecht³²³ und im Umweltrecht³²⁴ anzutreffen.

3. *Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verfahren*

Informell-konsensuales Verwaltungshandeln kommt nicht nur in der ein förmliches Verfahren substituierenden Form der informellen Absprache, sondern auch in den Formen der Vorabsprache im Umfeld eines förmlichen Verfah-

322 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865.

323 Exemplarisch ist auf Art. 9 des Preisüberwachungsgesetzes (PüG) vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20) hinzuweisen, wonach der Preisüberwacher, wenn er einen Missbrauch konstatiert, eine einvernehmliche formlose Regelung anstrebt. Kommt keine einvernehmliche Regelung zustande, untersagt der Preisüberwacher nach Art. 10 PüG die Erhöhung ganz oder teilweise oder verfügt eine Preissenkung (vgl. dazu auch PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 589 ff.); vgl. auch BVGer, Urteil B-2625/2009 vom 4.3.2010, E. 4, betreffend eine Vereinbarung («Gentlement's Agreement») im Hinblick auf die Aufhebung der Milchkontingentierung über befristete Marktlastungsmassnahmen zwischen dem Bundesamt für Landwirtschaft und verschiedenen milchproduzierenden Organisationen; vgl. dazu auch WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2847.

Eine besondere Form von Vereinbarungen zur Abwendung eines rechtsförmigen Verwaltungshandelns stellen die (privatrechtlichen) Zugangsvereinbarungen nach Art. 11a Abs. 1 des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 30. April 1997 (SR 784.10) zwischen Fernmeldediensteanbietern dar. Erst wenn sich die Fernmeldediensteanbieter über die Bedingungen des Zugangs zu Einrichtung und Diensten nicht einigen können, werden diese durch die Kommunikationskommission (ComCom) auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM verfügt (Art. 11a Abs. 1 FMG; Art. 64 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste [FDV] vom 9. März 2007 [SR 784.101.1]). Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus Verfügungen über den Zugang werden durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG).

324 In der Schweiz werden informelle Absprachen insbesondere im Umweltrecht diskutiert – ein Bereich, der durch ein notorisches Vollzugsdefizit gekennzeichnet ist (vgl. ELISABETH BRAUN, Abfallminderung durch Kooperation von Staat und Wirtschaft: Bedingungen zur Umsetzung von Artikel 41 USG, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1998, passim; PFENNINGER [Fn. 4], passim; THURNHERR [Fn. 7], Rz. 874; ZÜRCHER [Fn. 257], S. 365 ff.). Im Umweltrecht ist denn auch mit Art. 41a Abs. 1 USG der Grundsatz der Kooperation vom Gesetzgeber normiert worden, aus dem sich allerdings kein Vorrang «konsensualer Bewältigungsstrategien» ableiten lässt. Informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmlichen Handelns haben vor allem in Bereichen Bedeutung, in denen der Erlass einer Verfügung deshalb entbehrlich ist, weil diese nicht Rechtmässigkeitsvoraussetzung für die Vornahme einer Handlung oder die Ausübung einer Tätigkeit bildet. Obwohl das USG verschiedentlich den Erlass einer Verfügung vorsieht, ist im Verwaltungsaltag eine grundsätzlich «liberale Absprachepraxis» verbreitet. Im Vordergrund stehen Sanierungsabsprachen, die dann zur Anwendung gelangen, wenn zumindest begründete Zweifel daran bestehen, dass eine Anlage nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht; vgl. zum Ganzen THURNHERR (Fn. 7), Rz. 874; vgl. zum umweltrechtlichen Kooperationsprinzip grundlegend URSULA BRUNNER, Kommentar zu Art. 41a USG, in: Vereinigung für Umweltrecht/Helen Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl. (1.–8. Lieferung), Zürich 1998 ff.; ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Zürich, Zürich 2001, S. 375 ff.

rens³²⁵ und der Verständigung bzw. gütlichen Einigung³²⁶ als Verfügungsgrundlage vor.³²⁶ Im Unterschied zu den ein förmliches Verfahren substituierenden informellen Absprachen bereiten Vorabsprachen ein förmliches Verfahren, namentlich ein Verfügungsverfahren,³²⁷ lediglich vor.³²⁸ Das primäre Abgrenzungskriterium liegt demnach darin, dass sich an die Vorabsprache eine förmliche Rechtsfolgenentscheidung anschliesst (bzw. eine solche zumindest beabsichtigt ist), während informelle Absprachen an deren Stelle treten.³²⁹ Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Vorabsprachen und gütlichen Einigungen als Verfügungsgrundlage ist zunächst auf eine Gemeinsamkeit hinzuweisen, die darin besteht, dass in einem späteren Stadium ein verbindlicher Entscheid ergeht bzw. ergehen soll.³³⁰ Der Unterschied dieser Handlungsformen liegt darin, dass auf Vorabsprachen ein förmliches Verfahren (auf Erlass einer Verfügung) folgt, «deren Inhalt unter Berücksichtigung der einschlägigen Verfahrensbestimmungen konkretisiert wird, während im Rahmen gütlicher Einigungen bereits die alsdann in Verfügungsform zu transferierende Entscheidung als solche konsensual generiert wird».³³¹ Als Vorbemerkung ist weiter festzuhalten, dass sich eine intensivere Nutzung von kooperativen Elementen im Verfügungsverfahren als Alternative zum Verwaltungsvertrag und zu informellen Absprachen erweisen kann.³³²

Verständigungen im Umfeld von förmlichen Verfahren sind nicht nur im Rahmen des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens, sondern auch im Rechtsmittelverfahren anzutreffen. Nachfolgend ist auf Vorabsprachen (a.) und Verständigungen (b.) im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verwaltungsver-

325 Während der Begriff Vorabsprache das Ergebnis beschreibt, weisen die in diesem Zusammenhang ebenfalls verwendeten Begriffe der Vorverhandlung bzw. der Vorverständigung (vgl. z.B. KAUTZ [Fn. 301], S. 61; FEHLING [Fn. 81], § 38 Rz. 28) auf den zeitlich vorgelagerten Kommunikationsprozess hin; vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 965; vgl. zur konsensgerichteten Verfahrensvorbereitung auch PFISTERER (Fn. 7), S. 250.

326 Als besondere Form eines kooperativen Verfahrens im Rahmen eines förmlichen Verfahrens gilt die Umweltverträglichkeitsprüfung, die in Art. 10a ff. USG und in der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV) vom 19. Oktober 1988 (SR 814.011) geregelt ist; vgl. auch HETTICH (Fn. 63), Rz. 459; PFISTERER (Fn. 7), S. 250.

327 Vorabsprachen sind nicht nur im Verfügungsverfahren, sondern etwa auch in Verfahren der Raumplanung, namentlich der Nutzungsplanung, möglich. Dabei stellen sich insbesondere Fragen bezüglich der Konsequenzen für den politischen Planungsprozess; vgl. dazu TAMARA NÜSSELE, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 225 ff. Vorabsprachen sind im Übrigen auch im Vorfeld der Normsetzung anzutreffen; vgl. FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 28.

328 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 961. Zur Abgrenzung zwischen Vorabsprachen und weniger intensiven Kooperationsformen im Rahmen von förmlichen Verfahren (wie z.B. die Mitwirkungs- und Anhörungsrechte im Rahmen des rechtlichen Gehörs) vgl. B./III./1. und B./III./2.

329 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 961. Vgl. zur Abgrenzung zwischen Vorabsprachen und einseitigem vertrauensbegründendem Verhalten der Behörden im Vorfeld eines förmlichen Verfahrens (z.B. in der Form von Zusagen) DIES. (Fn. 7), Rz. 962.

330 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 961.

331 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 961.

332 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 144 (Fn. 439); vgl. auch BRUNNER (Fn. 324), Art. 41a USG Rz. 33.

fahren näher einzugehen, bevor weiter unten³³³ einvernehmliche Formen der Streitbeilegung im Rahmen von Rechtsmittelverfahren zu thematisieren sind.

a. *Vorabsprachen*

Der hauptsächliche Anwendungsbereich für Vorabsprachen dürfte heute im Vorfeld von Antrags- und Bewilligungsverfahren liegen, so etwa im Zusammenhang mit der Errichtung umweltbelastender Anlagen, die sich durch eine Vielfalt zu berücksichtigender rechtlicher Vorgaben und Interessenlagen kennzeichnen.³³⁴ Vielfach geht dabei der Anstoss zu Vorverhandlungen und Vorabsprachen von Privaten aus, «die angesichts der sich abzeichnenden verfahrens- bzw. materiellrechtlichen Komplexität vor der eigentlichen, mit erheblichem Aufwand verbundenen Gesuchseinreichung an der Klärung spezifischer Fragen interessiert sind».³³⁵ Da bei Bewilligungsverfahren die Erteilung der Bewilligung Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Vorhabens bzw. einer Tätigkeit ist, kommen informell-konsensuale Elemente nur in Kombination mit rechtsförmlichem Handeln und nicht als dessen Surrogat in Frage.³³⁶ Vorverhandlungen und Vorabsprachen sind aber auch im Vorfeld von nicht mitwirkungsbedürftigen Anordnungen (z.B. betreffend die Durchsetzung umweltrechtlicher oder wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Vorschriften) mit dem Ziel, den potentiellen Adressaten beispielsweise im Hinblick auf die Klärung umstrittener Sachverhaltsfragen frühzeitig in das Verfahren einzubeziehen.³³⁷ Vorabsprachen können sich auf reine Verfahrensfragen beschränken, sie können sich aber auch auf inhaltliche Festlegungen beziehen.³³⁸

Vorverhandlungen und Vorabsprachen ergehen mit Blick auf ein späteres förmliches Verwaltungsverfahren.³³⁹ Es wird damit kein grundsätzliches «Ausweichen auf alternative Steuerungsmechanismen», sondern eine «Kombination informeller und förmlicher Elemente» beabsichtigt.³⁴⁰ Das Vorverfahren mag das anschliessende förmliche Verfahren ein Stück weit zu entlasten; indem beispielsweise ein bestimmter Aspekt des Bewilligungsverfahrens bereits eingehend erörtert wurde, kann von einer Wiederholung (des rechtlichen Gehörs) in Bezug auf diesen Aspekt im Verfügungsverfahren abgesehen wer-

333 Vgl. C./II/4.

334 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963; vgl. auch KAUTZ (Fn. 301), S. 61.

335 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963.

336 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963.

337 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963; vgl. auch KAUTZ (Fn. 301), S. 61 f.

Vgl. auch das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, das als «Vorverfahren sui generis» den Betroffenen in Konkretisierung der offen formulierten Gesetzesgrundlage eine eigene Einschätzung der Zulässigkeit der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung erlauben soll (vgl. dazu BGE 135 II 60 E. 2–3.2). Dieses Verfahren mündet allerdings nicht in eine Vorabsprache.

338 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 963; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 29; KAUTZ (Fn. 301), S. 57 f.

339 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 966.

340 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 970.

den.³⁴¹ Vorverhandlungen ermöglichen in erster Linie eine frühzeitige Verständigung zwischen der Verwaltung und Privaten beispielsweise über die Voraussetzungen der Bewilligungsfähigkeit eines bestimmten Projekts.³⁴² Ein solches Vorgehen kann mit Blick die anzuwendenden offenen Normen und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit (für Behörden und Private) eine kompensatorische Wirkung entfalten.³⁴³ «Setzt die Kooperation bereits im Stadium der Vorbereitung des Antrags ein und verständigen sich beide Seiten über bestimmte Voraussetzungen der späteren Genehmigung, wird Planungs- und Investitionssicherheit geschaffen und eine beachtliche Zeitersparnis erreicht, indem die behördliche Auffassung zur Sach- und Rechtslage bei der (erstmaligen) Gesuchsausarbeitung berücksichtigt werden kann.»³⁴⁴ Die Verfahrensbeschleunigung dient demnach nicht nur der Behörde, sondern insbesondere auch den Privaten, die in Bezug auf das Vorhaben Klarheit erlangen.³⁴⁵ In Fällen, in denen es nicht um Antrags- oder Bewilligungsverfahren, sondern um die Festlegung von Pflichten im Einzelfall geht, so beispielsweise bei der Anordnung von Sanierungsmassnahmen für bestehende, nicht umweltrechtskonforme Anlagen,³⁴⁶ kommt die mit Vorabsprachen einhergehende Verfahrensbeschleunigung (infolge der Reduktion des «Rechtsmittelrisikos») primär der Behörde zu Gute.³⁴⁷ Auf privater Seite schlägt die intensivere Einflussmöglichkeit auf den späteren förmlichen Entscheid positiv zu Buche.³⁴⁸ Soweit sich in diesen Fällen die gesetzlichen Ziele bereits auf diese Weise erreichen lassen, kann eine kooperativ erarbeitete Lösung den Erlass einer einseitig-hoheitlichen Massnahme überflüssig machen;³⁴⁹ «die Vorverhandlungen münden diesfalls nicht in eine Verfügung, sondern in eine informell-konsensuale Absprache».³⁵⁰

Obwohl Vorabsprachen grundsätzlich nicht mit rechtlichen Bindungswirkungen einhergehen, sich aus ihnen in aller Regel keine Ansprüche ableiten lassen und das anschliessende förmliche Stadium seine Offenheit für neue Er-

341 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 966.

342 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968, die auf weitere Vorzüge (Ermöglichung eines auf den Einzelfall zugeschnittenen Vorgehens, Vorbeugung von Rechtsstreitigkeiten, Unterstützung bei der Sachverhaltsermittlung durch Private) von Vorabsprachen hinweist (vgl. DIES. [Fn. 7], Rz. 967).

343 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968.

344 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968.

345 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 968; ebenfalls die Prozessökonomie hervorhebend BGE 140 I 326 E. 6.1.

346 Vgl. auch Art. 16 Abs. 3 USG, wonach die Behörde vom Inhaber der Anlage Sanierungsvorschläge einzuholen hat, bevor sie erhebliche Sanierungsmassnahmen anordnet; vgl. dazu BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht, Allgemeine Grundlagen, Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 158 ff.

347 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 969.

348 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 969. Es ist davon auszugehen, dass Art. 16 Abs. 3 USG betreffend die Mitwirkung bei der Anlagensanierung über Art. 29 Abs. 2 BV hinausgeht; vgl. WAGNER PFEIFER (Fn. 346), Rz. 158.

349 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 969; vgl. auch WAGNER PFEIFER (Fn. 346), Rz. 158.

350 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 969.

kenntnisse bewahren muss,³⁵¹ können sich dennoch faktische Bindungswirkungen ergeben.³⁵² Es ist nämlich von einer «erhöhten Wahrscheinlichkeit auszugehen, dass die Behörde bei einer erneuten Beurteilung im förmlichen Hauptverfahren die Ausfüllung von Spielräumen gemäss ihren früher getätigten Zusicherungen vornehmen wird».³⁵³ Namentlich bei Dauerkontakten und bei öffentlichkeitswirksamen Vereinbarungen können die Beteiligten wegen des drohenden Vertrauens- und Imageverlustes davon ausgehen, dass die Gegenseite die Absprache nicht ohne guten Grund brechen wird.³⁵⁴

Es kommt nicht selten vor, dass das Bedürfnis nach informellen Vorabsprachen in Verfahren gross ist, die über einen erheblichen Kreis an Drittbetroffenen aufweisen (z.B. Bewilligungsverfahren für komplexe Bauprojekte). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit diese Dritten bereits in das Stadium der Vorverhandlungen einzubeziehen sind bzw. zur Wahrung ihrer Verfahrensrechte einbezogen werden müssen.³⁵⁵ Dabei lassen sich gewichtige Argumente für eine frühzeitige Partizipation anführen,³⁵⁶ wobei der Einbezug Drittbetroffener auch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein und die Vorzüge von Vorabsprachen neutralisieren kann.³⁵⁷ THURNHERR plädiert in überzeugender Weise dafür, die «Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit» von Drittbetroffenen in das förmliche Hauptverfahren zu verlagern, wobei sie ergänzende Massnahmen vorschlägt (namentlich Schaffung von Transparenz bezüglich der informellen Vorabsprache; Kompensationsmechanismen bezüglich der nachträglichen Überprüfung des Endentscheids), um dessen Offenheit sicherzustellen und der faktischen Bindungswirkung Schranken zu setzen.³⁵⁸

351 Vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 978 ff.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 7.

352 Vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 981; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 8.

353 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 981.

354 FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 8; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 981.

355 Vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 977 ff.

356 Zu nennen sind z.B. die Effektivität der Einflussmöglichkeit wegen der faktischen Bindungswirkung der Vorabsprache, die Möglichkeit einer umfassenden Informations- und Interessenberücksichtigung sowie die gesteigerte Akzeptanz der Entscheidung aufgrund der frühzeitigen Mitwirkung; vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 990.

357 Zu nennen sind z.B. der mit der Aufblähung des Teilnehmerkreises entstehende Zuwachs an Komplexität, welcher der Grundidee informeller Vorabsprachen, eine rasche und unbürokratische Klärung von Fragen betreffend das Verfahren oder den Inhalt zu ermöglichen, entgegensteht; die fehlende Erkennbarkeit der Drittbetroffenheit; die Befürchtung neuer Ausweichstrategien; vgl. dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 991.

358 Dazu ausführlich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 996 ff., zusammenfassend Rz. 1022.

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat sich im wegweisenden Flachglas-Urteil zu den Kriterien zulässiger selektiver Vorabbindungen geäussert (BVerwGE 45, 309). Gefordert wird, dass die Kompetenzordnung gewahrt werden muss, die Vorabsprache eines sachlichen Grunds bedarf und die informell vorweggenommene Entscheidung nicht zu beanstanden ist sowie die Anforderungen an eine gerechte Abwägung berücksichtigt werden, mit der Konsequenz, dass die Rechte Dritter und der Allgemeinheit zumindest in den Abwägungsprozess zu integrieren sind. Dieser Ansatz geht demnach weniger weit als jener von THURNHERR, indem er den Ausschluss Drittbetroffener ohne Evaluation möglicher Alternativen akzeptiert; vgl. dazu auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 993; FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 112 f.

b. *Verständigungen als Verfügungsgrundlage*

Von den informellen Vorabsprachen sind die Verständigungen bzw. gütlichen Einigungen im Rahmen eines Verfügungsverfahrens zu unterscheiden, die insofern in ein förmliches Verfahren eingebettet sind, als zunächst ein solches eingeleitet und anschliessend im Hinblick auf eine gütliche Einigung sistiert wird, die schliesslich in Verfügungsform gegossen wird.³⁵⁹ Für Verwaltungsverfahren auf Bundesebene wurde mit Art. 33b VwVG («Gütliche Einigung und Mediation») im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege eine Bestimmung beschlossen und auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt, die zu diesem Vorgehen Regelungen enthält.³⁶⁰ Vereinzelt Kantone sehen vergleichbare Bestimmungen vor.³⁶¹ Des Weiteren sind in Spezialgesetzen Bestimmungen zu finden, wonach im Umfeld bzw. im Rahmen von Verwaltungsverfahren einvernehmliche Lösungen anzustreben sind bzw. angestrebt werden können.³⁶² Neben

359 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148.

360 Vgl. zu Art. 33b VwVG ausführlich die Kommentierungen von PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 1 ff., und SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 1 ff., sowie THOMAS PFISTERER, Grundzüge von Einigung und Mediation in Art. 33b VwVG, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, S. 101–125; DERS., Einigung, Mediation sowie Schlichtung – ein Überblick zu Art. 33b VwVG, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4; vgl. auch BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2. Aufl., Bern 2015, S. 316 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 603 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1326 ff. Art. 33b VwVG war in der Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (BBl 2001 4202–4479) noch nicht vorgesehen und wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen eingeführt; vgl. SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 15 ff.; vgl. aber den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 2. Juli 2007 im Zusammenhang mit der Parlamentarischen Initiative von Carlo Schmid-Sutter betreffend «Aufhebung von Artikel 33b VwVG» (Nr. 05.442 s) (abrufbar auf <http://www.parlament.ch> [besucht am 8.3.2020]). Vgl. zur Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 33b VwVG BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 252 ff., die aufzeigen, dass dieses Thema das Bundesverwaltungsgericht bisher nur in wenigen Fällen beschäftigt hat.

361 Vgl. Kanton Luzern: § 41a und § 41b VRG/LU; Kanton Tessin: Art. 23 der Legge sulla procedura amministrativa (LPAm) del 24 settembre 2013 (Nr. 165.100); vgl. auch Kanton Aargau: Art. 19 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG) vom 4. Dezember 2007 (Nr. 271.200), wonach die (erstinstanzlichen und Rechtsmittel-)Behörden zum Abschluss von Vergleichen berechtigt sind, sofern eine einvernehmliche Lösung als vorteilhaft erscheint, wobei das Verfahren durch Sachentscheid abgeschlossen wird.

362 Vgl. z.B. *im Sozialversicherungsrecht*: Art. 50 ATSG, der von «Vergleich» spricht, wobei der Versicherungsträger den Vergleich in Form einer anfechtbaren Verfügung zu eröffnen hat (vgl. dazu UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 50 ATSG Rz. 1 ff.; MIRIAM LENDFERS, Der Vergleich im Sozialversicherungsrecht, Knifflige Aspekte der gütlichen Einigung, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers [Hrsg.], Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2013, S. 201–212); *im Kartellrecht*: Art. 29 und Art. 30 Abs. 1 KG, wo der Begriff der «einvernehmlichen Regelung» verwendet wird, die von der Wettbewerbskommission in Form der Verfügung zu genehmigen ist (vgl. dazu CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2016; Sekretariat der WEKO, Merkblatt Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018); vgl. auch Art. 37 Abs. 2 KG betreffend die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen; *im Umweltrecht*: Art. 55c USG und Art. 12d des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG) vom 1. Juli 1966 (SR 451) be-

der Konstellation, dass die Einigung später in Verfügungsform gegossen wird, ist auch denkbar, dass das Verfahren durch einen Vergleichsvertrag³⁶³ abgeschlossen wird, ohne dass die Einigung in Form einer Verfügung ergehen würde.³⁶⁴ Im Zusammenhang mit gütlichen Einigungen in Verwaltungsverfahren finden vielfach die Begriffe «Einigung», «Vergleich», «Schlichtung» und «Mediation» Verwendung, worunter teilweise Unterschiedliches verstanden wird, weshalb nicht von gefestigten Begriffen gesprochen werden

treffend Vereinbarungen zwischen Geschuestellern und Organisationen, die zur ideellen Verbandsbeschwerde nach den entsprechenden Gesetzen legitimiert sind; vgl. dazu REGINA MEIER, Das ideelle Verbandsbeschwerderecht, Eine Darstellung der Regelungen auf Bundesebene, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 185 ff.; UVEK, Verhandlungsempfehlungen, Empfehlungen für das Verhandeln bei Projekten, die dem Verbandsbeschwerderecht unterliegen, Bern 2004; in *baurechtlichen Verfahren*: Einigungsverhandlungen in kantonalen Baubewilligungsverfahren (z.B. § 128 Abs. 4 des Raumplanungs- und Baugesetzes (RBG) des Kantons Basel-Landschaft vom 8. Januar 1998 [Nr. 400]) und in bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahren (vgl. z.B. in Bezug auf die Plangenehmigung von elektrischen Anlagen Art. 16 Abs. 2 lit. b, Art. 16h Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen [Elektrizitätsgesetz, EleG] vom 24. Juni 1902 [SR 734.0], Art. 5 der Verordnung über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen [VPeA] vom 2. Februar 2000 [SR 734.25]); in *öffentlichen Beschaffungsrech*: vgl. zu Offertverhandlungen im öffentlichen Beschaffungsverfahren Art. 20 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1); ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009; das totalrevidierte BöB enthält neu die Möglichkeit im Rahmen von Vergabeverfahren einen Dialog durchzuführen (vgl. Art. 24 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019 [AS 2020 641 ff.]; Art. 6 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] vom 12. Februar 2020 [AS 2020 691 ff.]; beide Erlasse treten am 1. Januar 2021 in Kraft).

Sofern diese spezialgesetzlichen Bestimmungen dem VwVG unterstehende Verfahren betreffen, kann Art. 33b VwVG unter Umständen subsidiär anwendbar sein; vgl. ausführlich zum Verhältnis von Art. 33b VwVG zu Spezialgesetzen PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 64 ff.; vgl. zum Verhältnis von konsensorientierten Regelungen im Kartellgesetz und Art. 33b VwVG SERAINA DENOTH, Mediation in Verwaltungsverfahren, insbesondere in kartellrechtlichen Verfahren, Jusletter vom 31. März 2008, Rz. 40 ff.

363 Im deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz wird der Vergleichsvertrag wie folgt umschrieben (§ 55 VwVfG/D): «Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag [...], durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird [...]»; vgl. zum Vergleichsvertrag umfassend MÄCHLER (Fn. 4), S. 278 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1323.

364 Zum Abschluss eines Verwaltungsverfahrens durch Vergleich im Sinne eines verwaltungsrechtlichen Vertrags, der nicht noch in eine Sachverfügung überführt wird (vgl. dazu auch GUTH [Fn. 7], S. 35 ff.), bestehen nur wenige gesetzliche Grundlagen; vgl. z.B. Art. 123 Abs. 2 lit. a des Gesetzes des Kantons Glarus über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 4. Mai 1986 (III G/1), wo der Vergleichsvertrag eine allgemeine gesetzliche Verankerung erfahren hat. Einigungsverfahren, die zu einer vertraglichen Lösung führen, sind im Enteignungsrecht vorgesehen; vgl. auf Bundesebene Art. 45 ff., insbesondere Art. 53 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Enteignung (EntG) vom 20. Juni 1930 (SR 711), wonach der Einigung der Parteien, die im Protokoll der Einigungsverhandlungen festgehalten wird, die Wirkung eines «rechtskräftigen Urteils der Schätzungskommission» zukommt und insofern eine Überführung in eine Verfügung nicht erforderlich ist; vgl. zum Enteignungsvertrag auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1320, 2429 f., 2438 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 460 ff.

kann.³⁶⁵ Nachfolgend sollen die Begriffe «Einigung» und «Vergleich» als Ergebnisse eines Verständigungsprozesses und die Begriffe «Schlichtung» und «Mediation» als Methoden bzw. Vorgehensweisen im Rahmen der Konsensfindung Verwendung finden.³⁶⁶ Eine «Einigung» stellt die (informelle) Verständigung dar, die den Verfügungsinhalt einvernehmlich konkretisiert und in eine Verfügung aufgenommen wird,³⁶⁷ während der Begriff «Vergleich» als verwaltungsrechtlicher Vertrag die unmittelbare Begründung von Rechtswirkungen intendiert und der Konsens als solcher Grundlage des Rechtsverhältnisses bildet.³⁶⁸ Ob das Verfahren durch Verfügung oder durch verwaltungsrechtlichen Vertrag (Vergleich) abgeschlossen wird, kann Auswirkungen auf den Rechtsschutz haben, zumal gegen den Vertragsschluss die Beschwerdemöglichkeit grundsätzlich ausgeschlossen ist.³⁶⁹ «Schlichtung» bedeutet sodann die Konsensfindungsarbeit bzw. Vermittlung unter Führung einer Behörde, die auch für den Endentscheid zuständig ist (und bei fehlender Einigung auch unilateral entscheiden kann), während bei der «Mediation» die Konsenssuche bzw. Streitbeilegung durch einen neutralen Dritten als Konfliktmittler («Mediator») erfolgt, der nicht für die Entscheidungsfindung zuständig ist.³⁷⁰ «Schlichtung» und «Mediation» als Methoden der Streitbeilegung können freilich auch in Rechtsmittelverfahren Anwendung finden, wobei in der Praxis auf dieser Ebene vor allem Schlichtungstätigkeiten durch die Rechtsmittelbehörde verbreitet sind, die in einen Vergleich münden können.³⁷¹

Einigungen (im Sinne von Art. 33b VwVG) können im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich in zwei Akteurkonstellationen eingegangen werden: zum einen zwischen der verfügenden Behörde und den Parteien,

365 Vgl. zu diesen Begriffen auch PFISTERER (Fn. 269), S. 1557 f.; DERS., in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 20 ff.; vgl. auch zur fehlenden einheitlichen Terminologie THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148 (Fn. 449).

366 Ähnlich auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 20 ff.

367 Im Sinne eines Synonyms findet im Steuerrecht der Begriff des «Rulings» Verwendung (vgl. BVGE 2008/51 E. 2.3.1). Auf diese wird zuweilen Art. 33b VwVG angewendet (vgl. BVGE 2008/51 E. 2.3.1; BGer, Urteil 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.2).

368 Vgl. auch THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154, in Bezug auf das Verhältnis zwischen Verwaltungsvertrag und gütlicher Einigung als Verfügungsgrundlage. Anders PFISTERER (Fn. 269), S. 1557 f., der primär darauf abstellt, ob der Entscheidungsinhalt «von oben» vorgeschlagen (= Vergleich) oder «von unten» durch gegenseitiges Nachgeben generiert (= Einigung) wird. Zuweilen werden in Gesetzen Verständigungen im Rahmen von Verwaltungsverfahren, die in eine Verfügung münden, allerdings als «Vergleich» bezeichnet (z.B. Art. 50 ATSG). Das Bundesgericht scheint in Bezug auf Verwaltungsverfahren die Begriffe «Einigung» und «Vergleich» als Synonyme zu verstehen, wobei es ausführt, dass sich die Rechtsnatur (Vertrag oder gemeinsamer Antrag auf Erlass einer Verfügung mit dem Inhalt der Einigung) nach dem anwendbaren Verfahrensrecht bestimme (vgl. BGer, Urteil 1C_227/2017 vom 25.1.2019, E. 3.6).

369 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 34 Rz. 4 ff.; vgl. auch BVGE 2008/51 E. 2.4, und die Ausführungen unter D./II./6.

370 Vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237; BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 146 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 603; NOTTER (Fn. 7), S. 33 ff.; PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 21 ff. Zur Mediation ausführlicher C./II./5.

371 Vgl. C./II./4.

zum anderen – in Konstellationen mit multipolarer Interessenstruktur auf der Parteiseite – zwischen den Parteien.³⁷² Bezogen auf Art. 33b VwVG ist dies nicht ganz selbstverständlich; stellt man nämlich auf den Wortlaut von dessen Abs. 1 ab, findet die Einigung zwischen den Parteien (im Sinne von Art. 6 VwVG) statt; die verfügende Behörde ist darin nicht eingeschlossen. In der Rechtsprechung und in einem Teil der Lehre wird deshalb der Einbezug von Behörden auf solche beschränkt, die nicht in der Sache verfügen.³⁷³ Diese Auffassung mag bezogen auf die besonderen Bedürfnisse von Mediationsverfahren begründet sein.³⁷⁴ Sie ist aber auf jeden Fall abzulehnen für die übrigen, ohne Einschaltung eines neutralen Konfliktmittlers stattfindenden gütlichen Einigungen, die grundsätzlich auch zwischen der entscheidenden Behörde und dem nachmaligen Verfügungsadressaten stattfinden können.³⁷⁵ In Fällen, in denen einzig Private (allenfalls unter Beizug eines externen Konfliktmittlers) am Einigungsprozess beteiligt sind, beschränkt sich die behördliche Partizipation auf die Einleitung und Sistierung des Verfahrens, die Kenntnisnahme und Überprüfung der Einigung sowie die Einkleidung in Verfügungsform.³⁷⁶ Die Behörde zieht sich vorübergehend zurück und scheidet als Schaltstelle zwischen den Parteien aus;³⁷⁷ wird ein Mediator eingesetzt, dient dieser als Schaltstelle zur zuständigen Behörde, aber auch zwischen den Parteien.³⁷⁸ Die ohne behördliche Beteiligung zustande gekommene Einigung ist als gemeinsamer Antrag der Parteien zum Erlass einer Verfügung zu qualifizieren.³⁷⁹ Bei Verständigungsprozessen, an denen auch die letztlich verfügende Behörde partizipiert, befindet sich diese insofern in einer Doppelrolle, «als sie nicht nur aus einer partnerschaftlichen Position heraus agiert, sondern gleichzeitig die ‹Letztverantwortung für Verfahren und Ergebnis› trägt».³⁸⁰ Dieser Umstand allein begründet allerdings noch keine unzulässige Vorbefassung bzw. eine Ausstands-

372 So ausdrücklich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148. Zu den Vor- und Nachteilen dieser beiden Grundkonstellationen THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1016, die keine der beiden a priori als geeigneter qualifiziert.

373 Vgl. BVGer, Urteil A-1046/2016 vom 15.12.2016, E. 1.7.1 (bezogen auf die Mediation); BVGer, Urteil A-6085 vom 22.1.2010, E. 3.2; SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 28, allerdings ohne nähere Begründung.

374 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148.

375 So ausdrücklich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 148; vgl. auch BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 151; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 608; NOTTER (Fn. 7), S. 114 ff.; PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 91, 96; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1329.

376 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 149.

377 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1012 ff.

378 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1008.

379 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 149; vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 164; ausdrücklich auch im Zusammenhang mit dem ideellen Verbandsbeschwerderecht Art. 55c Abs. 1 USG und Art. 12d Abs. 1 NHG.

380 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1011; vgl. zu dieser Doppelrolle auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 86.

pfllicht.³⁸¹ Die Einigung wird diesfalls nicht automatisch zum Inhalt der Verfügung; dazu ist vielmehr ein «eigenständiger, letztverantwortlich gefällter Behördenentscheid über den Erlass einer Verfügung» erforderlich.³⁸²

Bezüglich der Rechtsnatur von gütlichen Einigungen im Rahmen von erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren besteht keine eindeutige Rechtsauffassung. Gemeinhin wird danach differenziert, ob nur Sachverhalts- oder auch Rechtsfragen Gegenstand der Einigung bilden; letztere gelten als Verträge, sofern sie auf Rechtswirkungen ausgerichtet sind, während bei Ersteren die Meinungen auseinandergehen.³⁸³ In einem neueren Entscheid hat sich das Bundesgericht dahingehend geäußert, dass die Rechtsnatur von Verständigungen im Verwaltungsverfahren letztlich vom anwendbaren Verfahrensrecht, d.h. von der konkreten verfahrensrechtlichen Ausgestaltung, abhängen.³⁸⁴ Bezogen auf gütliche Einigungen, wie sie in Art. 33b VwVG vorgesehen sind, hat THURNHERR – ausgehend von der legislatorischen Konzeption – überzeugend aufgezeigt, dass ihnen, unabhängig davon, ob sie sich nur auf Sachverhalts- oder auch auf Rechtsfragen erstrecken, keine Vertragsqualität attestiert werden kann.³⁸⁵ «Während verwaltungsrechtliche Verträge die unmittelbare Begründung von Rechtswirkungen intendieren und der Konsens als solcher Grundlage des Rechtsverhältnisses bildet, wird mittels gütlicher Einigungen nicht das eigentliche Rechtsverhältnis konsensual konkretisiert.»³⁸⁶ Das im Rahmen der gütlichen Einigung Vereinbarte wird erst rechtswirksam, wenn es in eine Verfügung überführt wird, wobei die verfügende Behörde gehalten ist, die Einigung auf Mängel im Sinne von Art. 49 VwVG zu überprüfen (Art. 33b Abs. 4 VwVG).³⁸⁷ Obwohl der Grundsatz von Treu und Glauben es den an der Einigung Teilnehmenden untersagt, grundlos davon abzuweichen oder deren spätere Transformation in Verfügungsform anderweitig zu vereiteln,³⁸⁸ und – unter

381 Vgl. PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 86, der aber auf erforderliche Begleitmassnahmen zur Sicherstellung der Unbefangenheit hinweist. Vgl. zur Thematik der Vorbefassung auch D./II/6.

382 PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 164.

383 Vgl. dazu und zu den einzelnen Lehrmeinungen THURNHERR (Fn. 7), Rz. 153. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage in einem Fall, in dem es um eine Verständigung zwischen einer Steuerbehörde und einem Steuerpflichtigen über bestimmte Aspekte des steuerrechtlich relevanten Sachverhalts ging, offengelassen (BVG 2008/51 E. 2.3, 2.4); das Bundesgericht spricht in solchen Konstellationen von einer Vereinbarung über verfahrensrechtliche Rechte und Pflichten als «Grundlage für den Erlass einer Verfügung» (BGer, Urteil 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1, 2.2.2).

384 BGer, Urteil 1C_227/2017 vom 25.1.2019, E. 3.6; vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 346 ff., S. 468 ff.

385 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 38 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1332; anders BVGer, Abschreibungsentscheid A-8272/2008 vom 14.1.2010, E. 2.1, wo von einem Vergleich im Sinne eines Vertrags die Rede ist.

386 So ausdrücklich THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154.

387 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154; vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 164.

388 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154.

Vorbehalt der Überprüfung – gemäss Art. 33b Abs. 4 VwVG ein Anspruch gegenüber der zuständigen Behörde besteht, dass die Einigung in den Entscheid aufgenommen wird,³⁸⁹ wird mit der gütlichen Einigung als solcher keine unmittelbare Rechtsgestaltung beabsichtigt; sie stellt insofern einen Realakt dar.³⁹⁰ Ihr kommt aber im Gegensatz zur Vorabsprache eine gesteigerte Bindungswirkung zu, weshalb sie nicht nur als «entscheidungssteuernd», sondern als «entscheidungs determinierend» charakterisiert werden kann.³⁹¹ Die Zuordnungsschwierigkeiten akzentuieren sich aufgrund spezialgesetzlicher Bestimmungen. So qualifizieren etwa die herrschende kartellrechtliche Literatur und die Rechtsprechung die einvernehmliche Regelung nach Art. 29 Abs. 1 KG, die den Beteiligten vom Sekretariat der WEKO vorgeschlagen wird, Ergebnis von Verhandlungen bilden kann und der Verfügungsmässigen Genehmigung durch die WEKO unterliegt, als verwaltungsrechtlichen Vertrag, dessen Verbindlichkeit unter der Suspensivbedingung der Verfügungsmässigen Genehmigung durch die WEKO steht.³⁹² In Anbetracht dessen, dass das Vereinbarte erst mit der Genehmigung Rechtswirkungen entfaltet,³⁹³ ist die Vertragsqualität indes fraglich und eine Einordnung bei den informellen Verständigungen als Verfügungsgrundlage nicht abwegig,³⁹⁴ zumal dem Sekretariat nach Art. 23 KG auch keine definitiven und verbindlichen inhaltlichen Entscheidkompetenzen zukommen.

Grundvoraussetzung für die Anwendung von Einigungsverhandlungen im Rahmen von Verfügungsverfahren (und demnach für die Anwendung von Bestimmungen wie Art. 33b VwVG) ist, dass ein Verhandlungsspielraum besteht, der sich auf die Sachverhaltsfeststellung oder die Rechtsanwendung beziehen kann; es müssen m.a.W. mehrere Konfliktlösungen möglich sein.³⁹⁵ Darüber hinaus muss bei den Parteien freilich auch eine gewisse Kompromissbereitschaft vorhanden sein.³⁹⁶ Die Durchführung des Einigungsverfahrens beruht denn auch auf Freiwilligkeit und dem Einverständnis der Parteien (vgl. Art. 33b Abs. 1 VwVG).³⁹⁷ Da die Parteien nicht zu einer Verständigung gezwungen

389 Vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 803; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 613; PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 172 f.; SIEGWART, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 33b VwVG Rz. 77; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 1005 f.

390 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154.

391 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 154.

392 Vgl. BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 Rz. 88, m.w.H.; BVGer, Urteil B-1324/2010 vom 2.7.2010, E. 5.1.2.

393 Vgl. zu den eingeschränkten Rechtswirkungen der einvernehmlichen Regelung vor der Genehmigung BEURET, DIKE-KG, Art. 29 Rz. 19.

394 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 40; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 156.

395 Vgl. die Ausführungen bei D./I./3.; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 798; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 610; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1329; vgl. auch BVGer, Urteil A-6085/2009 vom 22.1.2010, E. 3.2 (Entscheidungsspielraum in Bezug auf ein Aufsichtsverfahren des BAKOM gegenüber einer Verfügungsadressatin verneint).

396 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 799.

397 Vgl. statt vieler RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1330; vgl. auch D./I./1.

werden können, steht es ihnen auch offen, die Wiederaufnahme des zwecks gütlicher Einigung zuvor sistierten Verwaltungsverfahrens zu verlangen (vgl. Art. 33b Abs. 6 VwVG).³⁹⁸ Im Gegenzug besteht kein Anspruch der Parteien darauf, dass die Behörde das Verwaltungsverfahren zwecks Aufnahme von Einigungsverhandlungen sistiert.³⁹⁹ Inhalt der Verfügung gemäss Art. 33b Abs. 4 VwVG können grundsätzlich nur Gegenstände werden, welche die Behörde – im Rahmen von Art. 49 VwVG – unabhängig von einer Verständigung verfügen könnte; es dürfte allerdings wie bei verwaltungsrechtlichen Verträgen bezüglich verzichtbarer Rechte im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig sein, Leistungen zu vereinbaren und zum Verfügungsinhalt zu machen, welche die Behörde mittels (autoritativer) Verfügung nicht auferlegen könnte.⁴⁰⁰ Die Einigung soll den Verzicht auf Rechtsmittel⁴⁰¹ sowie die Kostenverteilung einschliessen (Art. 33b Abs. 1 VwVG). Dadurch soll eine dauerhafte Lösung sichergestellt und gleichzeitig eine Entlastung der Gerichte bewirkt werden.⁴⁰² Um Einigungsversuche zu fördern, hat der Gesetzgeber in Art. 33b Abs. 5 VwVG festgelegt, dass keine Verfahrenskosten erhoben werden, soweit eine Einigung zustande kommt. Hinsichtlich der Auferlegung von Kosten für Beweismassnahmen ist die Praxis nicht einheitlich.⁴⁰³ Gelingt keine Einigung, ist die Sistierung aufzuheben und das Verfügungsverfahren zu einem Ende zu führen.⁴⁰⁴

Schliesslich ist zu bedenken, dass Verständigungen im Rahmen von Verfügungsverfahren auch dadurch gefördert werden können, dass das Prozessrecht – in Abkehr von der reinen Schriftlichkeit – mündliche Kommunikationsmöglichkeiten (z.B. mündliche Vergleichsverhandlungen, Instruktionsverhandlungen, Parteiverhandlungen, Augenscheine) eröffnet.⁴⁰⁵

398 Vgl. statt vieler RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1330.

399 Vgl. BVGer, Urteil A-5567/2015 vom 20.1.2016, E. 2.2; BVGer, Urteil A-6085/2009 vom 22.1.2010, E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 611; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 2.33; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1330.

400 Vgl. dazu D./II./1.; anders KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 609, wonach «[v]ertraglich vereinbarte Leistungen von Privaten, die zwar als solche zulässig sind, aber mangels ausreichend bestimmter gesetzlicher Grundlage nicht verfügt werden können, [...] auch nicht aufgrund von Art. 33b Abs. 4 VwVG Bestandteil einer Verfügung werden [können]».

401 Der Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel ist zulässig, da die Parteien dazu in voller Kenntnis des Verfügungsinhalts einwilligen. Auf die Wiedererwägung als ausserordentliches Rechtsmittel, auf die gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV unter Umständen ein Anspruch besteht, kann hingegen nicht verzichtet werden. Ebenso bleibt eine Anfechtung wegen Verfahrensmängeln möglich; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 614; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1331; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 804.

402 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1331.

403 Vgl. dafür BVGer, Urteil A-1789/2006 vom 31.10.2007, E. 2.2; dagegen: BVGer, Urteil A-8272/2008 vom 14.1.2010, E. 3.3.

404 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1333.

405 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 77 ff.; PFISTERER (Fn. 7), S. 241 ff.; vgl. auch D./I./4.

4. Schlichtung und Vergleich im Rechtsmittelverfahren

Konsensuale Streitbeilegung ist nicht nur auf der Ebene des erstinstanzlichen Verfahrens möglich, sondern auch im Rechtsmittel- und im Klageverfahren. Freilich ist auch auf dieser Ebene das Anwendungsfeld angesichts der zwingenden Natur des Verwaltungsrechts und der rechtsstaatlichen Prinzipien beschränkt.⁴⁰⁶ Sowohl auf Bundes- als auch auf Kantonebene sehen die verfahrensrechtlichen Erlasse die Möglichkeit der Verständigung bzw. des Vergleichs vor.⁴⁰⁷ Anders als etwa im Zivilprozess sind im üblichen Verwaltungsprozess meist keine vorgängigen Schlichtungsverfahren vorgesehen.⁴⁰⁸ Für Beschwerdeverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) finden sich in Art. 39 EMRK Bestimmungen über die gütliche Einigung.⁴⁰⁹ Auf Bundesebene ist zunächst zwischen Beschwerdeverfahren (in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht zu unterscheiden: Die auf das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht anwendbaren Gesetze, das Verwaltungsgerichtsgesetz⁴¹⁰ sowie das VwVG⁴¹¹, enthalten keine Bestimmungen über die Schlichtung bzw. den Vergleich.⁴¹² Da eine gesetzliche Grundlage für diese Form der Verfahrenserledigung nicht erforderlich ist,⁴¹³ sind Verständigungen und Vergleiche in Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht möglich, wenn auch in der Praxis nicht stark verbreitet.⁴¹⁴ Das Bundesverwaltungsgericht nimmt diesfalls vielfach auf

406 Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.213; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 60 f., der neben den materiell-rechtlichen Schranken auch auf prozessuale Hürden auf dem Weg zu einer gütlichen Einigung hinweist (insbesondere die vorherrschende Schriftlichkeit und die fehlende Kultur der Durchführung von mündlichen Verhandlungen); vgl. auch FULVIO CAMPELLO, *Il giudice amministrativo mediatore di conflitti, Mediazione in senso lato con particolare riferimento alla PA e alla procedura amministrativa ticinese*, «Justice – Justiz – Giustizia» 2018/1; für die Rechtslage in Deutschland SCHAEFER (Fn. 9), S. 268.

407 Vgl. ausführlich mit aktuellen Übersichten BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 72 ff., 122 ff.; vgl. auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 456 ff.

408 Vgl. SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61. Vgl. zu besonderen Formen von Schlichtungsverfahren C./II./7.

409 Vgl. dazu umfassend HELEN KELLER/MAGDALENA FOROWICZ/LORENZ ENGI, *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights*, Oxford 2010; vgl. auch CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016, § 13 Rz. 70 ff.

410 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32).

411 Vgl. Art. 37 VGG.

412 Vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220.

413 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241 f.; ULRICH CAVELTI, *Gütliche Verständigung vor Instanzen der Verwaltungsrechtspflege*, AJP 1995, S. 175–178, S. 157; vgl. auch D./II./1.

414 Vgl. die Hinweise bei BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 252 ff.; MURIEL BECK KADIMA, *Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht*, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4, Rz. 27, die in ihrem Beitrag zum Schluss kommt (Rz. 33), dass sich die wenigsten Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht wegen des vielfach fehlenden Verhandlungsspielraums und vielfach vorhandenen Machtgefälles zwischen den Parteien, das ein partnerschaftliches Aushandeln einer Lösung erschwere, für mediative bzw. konsensuale Elemente eignen würden; sie fordert

Art. 33b VwVG Bezug, der auch im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht zur Anwendung kommt.⁴¹⁵ Es hat Einigungen gestützt auf Art. 33b VwVG etwa in Beschwerdeverfahren betreffend die Staatshaftung⁴¹⁶, den (staatlich regulierten) Strompreis⁴¹⁷ und das Plangenehmigungsverfahren⁴¹⁸ zugelassen. Des Weiteren wird vorgeschlagen, Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP)⁴¹⁹ sinngemäss anzuwenden.⁴²⁰ In Bezug auf das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren ist der Vergleich im Zusammenhang mit den Aufgaben des Instruktionsrichters angesprochen (Art. 32 Abs. 2 BGG⁴²¹). Des Weiteren erklärt Art. 71 BGG die Vorschriften des BZP für sinngemäss anwendbar, sofern das BGG keine besonderen Bestimmungen über das Verfahren enthält, weshalb in Bezug auf die Erledigung einer Streitigkeit infolge Vergleichs auf Art. 72f. BZP Bezug genommen wird.⁴²² Obwohl die vergleichswisen Streiterledigungen in öffentlich-rechtlichen Verfahren vor Bundesgericht vor der Geltung des BGG häufiger waren, da damals das Bundesgericht noch in weitgehender Weise Direktprozesse durchführen konnte, kommen sie auch heute noch, wenn auch selten(er), vor.⁴²³ In Klageverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht kommen ebenfalls die Bestimmungen des BZP zur Anwendung (Art. 44 Abs. 1 VGG, Art. 122 Abs. 3 BGG), weshalb in Bezug auf die vergleichsweise Erledigung ebenfalls Art. 73 BZP einschlägig ist.⁴²⁴ Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass sowohl im bundesverwaltungs- als auch im bundesgerichtlichen Ver-

indes eine Förderung von entsprechenden Elementen auf erstinstanzlicher Ebene; vgl. auch RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1677.

- 415 Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1328; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 2.37. Das Bundesverwaltungsgericht hat Art. 33b Abs. 5 Satz 1 VwVG verschiedentlich bei Beschwerderückzügen und Vergleichen herangezogen und von der Auferlegung von Verfahrenskosten abgesehen; vgl. BVGer, Abschreibungsentscheide B-622/2015 und B-624/2015 (20.4.2015); B-1600/2014 (4.8.2014); B-4677/2007 (27.2.2008); B-1204/2007 (7.4.2008); A-1792/2006 (27.2.2008). Offengelassen in BVGer, Abschreibungsentscheid B-6547/2018 vom 16.1.2019, da bereits gestützt auf Art. 6 lit. a des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine entsprechende Kostenverlegung zulässig ist (vgl. auch RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER [Fn. 13], Rz. 1328).
- 416 BVGer, Abschreibungsentscheid A-6197/2012 vom 11.12.2013, E. 3; BVGer, Abschreibungsentscheid A-8272/2008 vom 14.1.2010; BVGer, Abschreibungsentscheid A-1789/2006 vom 31.10.2007, E. 2.
- 417 BVGer, Zwischenverfügung A-5452/2009 vom 16.2.2010, E. 2.
- 418 BVGer, Urteil A-2575/2013 vom 17.9.2014, E. 1.3 (betreffend die Abtretung dinglicher Rechte im Rahmen eines Plangenehmigungsverfahrens für ein Nationalstrassenbauprojekt).
- 419 SR 273.
- 420 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220.
- 421 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).
- 422 Vgl. HEINZ AEMISEGGER, Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4, Rz. 4; GUTH (Fn. 7), S. 124.
- 423 Vgl. AEMISEGGER (Fn. 422), Rz. 6, 11 ff., der vor allem die Bereiche Enteignungs-, Baubewilligungs- und Nutzungsplanverfahren nennt; GUTH (Fn. 7), S. 123 f.
- 424 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 242; GUTH (Fn. 7), S. 76.

fahren prozessuale «Türen»⁴²⁵ für Verhandlungen mit und zwischen den Parteien bestehen, die in einen Vergleich münden können.⁴²⁶ In bundesrechtlichen Sachgesetzen finden sich überdies verfahrensrechtliche Bestimmungen, die den Vergleich als Möglichkeit der Erledigung von Rechtsstreitigkeiten im Rechtsmittelverfahren vorsehen.⁴²⁷

Mechanismen der Streitschlichtung und des Vergleichs im Rechtsmittel- sowie im Klageverfahren sind auch in kantonalen Verfahrensgesetzen verankert.⁴²⁸ So lassen sich etwa Bestimmungen finden, die es den Rechtspflegebehörden ermöglichen, Vergleichsverhandlungen anzuregen, eine gütliche Einigung anzustreben oder den Parteien Vergleichsvorschläge zu unterbreiten.⁴²⁹ Es bestehen weiter auch Bestimmungen, die den Vergleich als Beendigungsgrund für ein eingeleitetes Verfahren anführen.⁴³⁰ Der Vergleich ist zuweilen auch bei den Bestimmungen über die Vollstreckung und den Verwaltungszwang zu finden, denen durch Rechtspflegebehörden genehmigte oder verurkundete Vergleiche unterworfen werden,⁴³¹ sowie bei den Kosten.⁴³² Vereinzelt kantonale Verfahrensgesetze legen auch die Voraussetzungen für das Eingehen von Vergleichen fest.⁴³³ Zutreffenderweise wird darauf hingewiesen, dass Vergleiche in der kan-

425 Vgl. zu den «Türen» für Konsensformen PFISTERER (Fn. 7), S. 241 ff.

426 Z.B. die Möglichkeit von mündlichen Verhandlungen, Instruktionsverhandlungen oder Augenscheinen (vgl. betreffend Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht: Art. 39, 40 VGG, Art. 57 Abs. 2 VwVG; betreffend Verfahren vor Bundesgericht: Art. 55 und 57 BGG); vgl. dazu auch AEMISEGGER (Fn. 422), Rz. 6 ff.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61. Grundrechtliche Ansprüche auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung sind verankert in Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Ziff. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2); vgl. zur Gerichtspraxis dazu WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1158 ff.

427 Vgl. z.B. Art. 50 ATSG, der die Möglichkeit des Vergleichs bei Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen nicht nur im erstinstanzlichen, sondern ausdrücklich auch für Einsprache- und Beschwerdeverfahren vorsieht; vgl. dazu z.B. BGE 140 V 108; BGE 138 V 147; BGE 135 V 65.

428 Ausführliche Übersichten sind zu finden bei BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 242 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 75 f., 126 ff.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 468 ff. In den Kantonen Luzern und Tessin finden sich Art. 33b VwVG nachgebildete Bestimmungen (vgl. Fn. 361).

429 Vgl. z.B. Art. 92 des Freiburger Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) vom 23. Mai 1991 (Nr. 150.1) («Die Beschwerdeinstanz kann sich um eine Einigung der Parteien bemühen, wenn die Angelegenheit sich dafür eignet und das öffentliche Interesse oder das Interesse Dritter dem nicht entgegensteht»); Art. 41 des Graubündner Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) vom 31. August 2006 (Nr. 370.100) («Die Instruktionsrichterin oder der Instruktionsrichter kann in jedem Stadium des Verfahrens eine Referentenaudienz durchführen, an der eine gänzliche oder teilweise Einigung der Parteien über die Streitsache oder über das weitere Verfahren angestrebt wird»); vgl. für weitere Beispiele GUTH (Fn. 7), S. 129 f.

430 Vgl. z.B. Art. 39 des Berner Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 23. Mai 1989 (Nr. 155.21); vgl. dazu auch und für weitere Beispiele GUTH (Fn. 7), S. 128 f.

431 Vgl. z.B. Art. 114 Abs. 3 VRPG/BE; Art. 79 Abs. 2 lit. a VRG/GR.

432 Vgl. z.B. § 25 Abs. 1 lit. b des Zuger Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG) vom 1. April 1976 (Nr. 162.1).

433 Vgl. z.B. Art. 92 VRG/FR (siehe Fn. 429); Art. 19 VRG/GR («Um das Verfahren vollständig oder zum Teil zu erledigen, können die Parteien einen Vergleich abschliessen, soweit ihnen die

tonalen Verwaltungsrechtspflege aber auch zugelassen sind, wenn keine gesetzliche Grundlage dafür besteht.⁴³⁴

Vergleiche treten in unterschiedlicher Form auf und zeitigen jeweils unterschiedliche Rechtswirkungen.⁴³⁵ Wesentlich ist die Unterscheidung zwischen der direkten Einigung unter den Parteien (ausserprozessualer Vergleich) und jener unter Mitwirkung der Rechtsmittelinstanz (prozessualer Vergleich); bezüglich der Rechtswirkungen ist auch bedeutsam, ob der Vergleich allein zwischen privaten Parteien abgeschlossen wird, die nicht über den Streitgegenstand verfügen können,⁴³⁶ oder ob die verfügende Verwaltungsbehörde daran beteiligt ist.⁴³⁷ Sofern der Streitgegenstand *nicht zur Disposition* der Parteien steht, führt eine Einigung zwischen ihnen nicht ohne Weiteres zu einer Beendigung des Verfahrens.⁴³⁸ Die Parteien haben diesfalls die Möglichkeit, der Vorinstanz zu beantragen, die Verfügung im Sinne der Einigung in Wiedererwägung zu ziehen oder der Beschwerdeinstanz einen gemeinsamen Antrag auf deren entsprechende Anpassung zu stellen; im letztgenannten Fall wird die Beschwerdeinstanz den Vorschlag der Vorinstanz zur Stellungnahme unterbreiten.⁴³⁹ In diesen Konstellationen ist freilich stets zu prüfen, dass die Einigung zwischen den Parteien im Rahmen des rechtlich Zulässigen bleibt, keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt und nicht zulasten Dritter erfolgt ist.⁴⁴⁰ Mit dieser Überprüfungspflicht geht eine Begründungspflicht hinsichtlich des Abschreibungsbeschlusses, mit dem ein Vergleich durch eine Beschwerdeinstanz genehmigt wird, einher.⁴⁴¹ Sofern der Streit-

Verfügung über den Streitgegenstand oder ein Ermessensspielraum zusteht»); vgl. für weitere Beispiele BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 242 f.

434 MÄCHLER (Fn. 4), S. 469; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 130 ff., mit einer Darstellung der Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich – ein Kanton, in dem der Vergleich im Verwaltungsrechtspflegengesetz keine Erwähnung findet; die Hinweise bei Fn. 413 sowie die Ausführungen bei D./II./1.

435 Vgl. dazu umfassend MÄCHLER (Fn. 4), S. 178 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 47 ff. (Rechtsnatur), S. 111 (Inhaltskontrolle), S. 139 ff. (Rechtsschutz); vgl. auch WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3396 ff.

436 Die «Verfügung über den Streitgegenstand» ist nur gegeben, wenn einerseits das Verfahren prozessrechtlich zur Verfügung der Parteien steht, d.h. wenn das Verfahren der Dispositionsmaxime folgt (vgl. dazu D./II./7.), und andererseits das anzuwendende materielle Recht Raum für Verhandlungen lässt; ähnlich auch GUTH (Fn. 7), S. 69, 83.

437 Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.216.

438 Haben sich eine Bauherrschaft und ein Anwohner, der gegen ein Bauvorhaben erfolglos Einsprache geführt und die Baubewilligung mit Beschwerde angefochten hat, dahingehend geeinigt, dass Erstere ihr Bauprojekt abändert und die Anwohner im Gegenzug ihren Widerstand aufgeben, ist das Verfahren damit nicht beendet. Die angefochtene Baubewilligung, über welche die Parteien nicht verfügen können, bleibt vorerst bestehen; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.217.

439 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.217.

440 Vgl. eingehend zur Überprüfung von Vergleichen durch Rechtsmittelinstanzen GUTH (Fn. 7), S. 114 ff., die sich, um die Vorteile konsensualer Streitbeilegung nicht in Frage zu stellen, in überzeugender Weise dafür ausspricht, keine überhöhten Anforderungen an die Inhaltskontrolle von Vergleichen zu stellen; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.217.

441 Vgl. BGE 135 V 65 E. 2, wo das Bundesgericht zumindest eine «summarische Begründung» verlangt, die darzulegen hat, «dass und inwiefern der Vergleich mit Sachverhalt und Gesetz

gegenstand der *Parteidisposition unterliegt* (etwa bei Entschädigungen, die unter den Parteien geschuldet sind), kann sich die Beschwerdeinstanz grundsätzlich damit begnügen, vom Vergleichsabschluss bloss Kenntnis zu nehmen und die Prozess erledigung festzustellen; nur wenn das Vereinbarte offensichtlich vor dem Recht nicht standhält, hat das Gericht die Erledigungserklärung zu versagen.⁴⁴²

Nur in Fällen, wo der Streitgegenstand zur Disposition der Parteien steht, ist ein *ausserprozessualer Vergleich* überhaupt möglich.⁴⁴³ In der Lehre werden zuweilen aber auch der Rechtsmittelrückzug⁴⁴⁴ bzw. die Rechtsmittelanerkennung sowie die Wiedererwägung und der Erlass einer neuen Verfügung (verbunden mit dem Rückzug eines Rechtsmittels), die nach Einigung zwischen den Parteien erfolgen, zu den ausserprozessualen Vergleichen gerechnet.⁴⁴⁵ Das Verfahren wird bei ausserprozessualen Vergleichen meist durch Mitteilung des Vergleichs und Rückzug des Rechtsmittels beendet;⁴⁴⁶ es kommt insofern auch nicht zu einer Überprüfung des Inhalts durch die Rechtsmittelinstanz,⁴⁴⁷ und der ausserprozessuale Vergleich stellt auch keinen Vollstreckungstitel für eine definitive Rechtsöffnung dar.⁴⁴⁸ Der *prozessuale Vergleich* ist ein unter Mitwirkung der Rechtsmittelinstanz zwischen den Parteien abgeschlossener (verwaltungsrechtlicher) Vertrag, «in welchem diese gegenseitig nachgeben und dadurch den Streit bzw. die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigen».⁴⁴⁹ Die prozessuale

übereinstimmt»; GUTH (Fn. 7), S. 137; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.217a; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3397.

442 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.218; vgl. auch VGer ZH, Entscheid VB.2018.00281 vom 24.6.2019, E. 4.4.6 (Rechtsmissbrauch und Sittenwidrigkeit sind vorbehalten); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1323; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3398.

443 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 58; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.219.

444 Eine Vereinbarung zwischen Beschwerdeführer und privatem Beschwerdegegner, wonach ein Rechtsmittel (z.B. in Bezug auf ein Bauverfahren) gegen Entgelt zurückgezogen wird, ist im Rahmen der Sittenwidrigkeit zulässig. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist (bezogen auf Bauverfahren) eine «verpönte Kommerzialisierung [...] erst dann gegeben, wenn mit der entgeltlichen Verichtsvereinbarung allein der drohende Verzögerungsschaden des Bauherrn vermindert werden soll. Soweit sich der wirtschaftliche Wert des Verichts bloss aus dem möglichen Schaden wegen der Verlängerung des Bewilligungsverfahrens, nicht aber aus schutzwürdigen Interessen des Nachbarn ergibt, ist die Kommerzialisierung des Verichts sittenwidrig» (BGE 123 III 101 E. 2c; vgl. auch VGer ZH, Entscheid VB.2011.00376 vom 29.8.2011; GUTH [Fn. 7], S. 61).

445 Vgl. dazu ausführlicher GUTH (Fn. 7), S. 59 ff.

446 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 136; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.219; z.B. BVGer, Abschreibungsentscheid B-6547/2018 vom 16.1.2019. Nur ausnahmsweise hat ein ausserprozessualer Vergleich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Folge, nämlich dann, wenn alle Parteien mit der Aufhebung einverstanden sind, das Verfahren der Dispositionsmaxime unterliegt und keine Gefahr besteht, dass Rechtsnormen verletzt und Interessen Dritter tangiert werden; vgl. VGer ZH, Entscheid VB.2018.00281 vom 24.6.2019, E. 4.3 f.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3398.

447 GUTH (Fn. 7), S. 136. Vgl. auch Hinweise bei Fn. 442.

448 GUTH (Fn. 7), S. 58; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.219.

449 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220; vgl. auch BVGer, Abschreibungsentscheid A-6197/2012 vom 11.12.2013, E. 3.1; CAVELTI (Fn. 413), S. 175; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1323.

Form und die Rechtswirkungen des Vergleichs bestimmen sich nach dem jeweils anwendbaren Verfahrensrecht.⁴⁵⁰ Ein prozessualer Vergleich liegt vor, wenn eine zwischen den Parteien vorweg getroffene Vereinbarung dem Gericht zu den Akten eingereicht wird (vorzugsweise mit einem Antrag über die Art der Fortführung des Verfahrens); der Vergleich kann aber auch erst vor der zuständigen Rechtsmittelbehörde – z.B. anlässlich einer Instruktions- bzw. Parteiverhandlung oder eines Augenscheins – zustande kommen; diesfalls ist er zu protokollieren.⁴⁵¹ Erweist sich ein prozessualer Vergleich im Rahmen der Überprüfung als mangelhaft, ist es die Pflicht der Rechtsmittelinstanz, auf eine Verbesserung hinzuwirken.⁴⁵² Sofern das Rechtsmittelverfahren als durch gerichtlichen Vergleich erledigt abgeschlossen wird, wird der Inhalt des Vergleichs regelmässig in die Abschreibungsverfügung aufgenommen; diese kann wie ein Urteil vollstreckt werden und stellt einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar.⁴⁵³

5. *Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren*⁴⁵⁴

Mediation bedeutet wörtlich «Vermittlung» und bezeichnet ein besonderes Streitbeilegungsverfahren, in dem ein oder mehrere unabhängige und unparteiliche Dritte (Mediatorinnen und Mediatoren) die Konfliktparteien darin unterstützen, ihren Konflikt auf dem Verhandlungsweg einvernehmlich zu lösen.⁴⁵⁵ Im Gegensatz zu einem Schiedsgericht hat der Mediator keinerlei Entscheid-

450 Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220; vgl. zu den unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Ausgestaltungen GUTH (Fn. 7), S. 122 ff.

451 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.220.

452 MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.221; vgl. zur Überprüfung von prozessualen Vergleichen durch die Rechtsmittelinstanz weiter oben in diesem Abschnitt.

453 Vgl. BGE 135 V 65 E. 2.7; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.221; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3397; vgl. z.B. Art. 73 Abs. 4 BZP; vgl. zum Rechtsschutz gegen Vergleiche ausführlich GUTH (Fn. 7), S. 139 ff.; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (Fn. 399), Rz. 3.223.

454 Vgl. ausführlich zur Mediation im Verwaltungsrecht GUY-ECABERT (Fn. 7); NOTTER (Fn. 7); OVERNEY (Fn. 7); zur Mediation in kartellrechtlichen Verfahren DENOTH (Fn. 362), Rz. 33 ff.; vgl. zur Rechtslage in Deutschland BERND HOLZNAGEL/ULRICH RAMSAUER, § 40 Mediation im Verwaltungsrecht, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Aufl., München 2016, S. 921–954; ULRIKE RÜSSEL, *Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren*, Diss. Hagen, Baden-Baden 2004; SCHAEFFER (Fn. 9), S. 267 ff.; STUMPF (Fn. 120), S. 273 ff.; zur Rechtslage in Österreich SASCHA FERZ, *Mediation im öffentlichen Bereich, Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Studie für Österreich und Deutschland*, Habil. Graz, Wien 2013.

455 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237 f.; BELLANGER/GAVILLET (Fn. 7), S. 146; NOTTER (Fn. 7), S. 35 f. Vgl. zur Mediation als Konsenshilfe eingehend PFISTERER (Fn. 7), S. 212 ff.; vgl. auch zu Begriff und Arten der Mediation CHRISTINE GUY-ECABERT, *Conciliation ou médiation?*, RJN 2011, S. 17–39; OTMAR SCHNEIDER, *Grundlegendes zu Einigung und Mediation, «Justice – Justiz – Giustizia»* 2010/4; KARINE SIEGWART, *Einführung in Begriffe und Arten der Mediation*, in: Thomas Pfisterer (Hrsg.), *Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 15–29.

kompetenzen.⁴⁵⁶ Mediation fusst auf den Prinzipien bzw. Zielen der Freiwilligkeit und Selbstbestimmung, der Informiertheit und Offenlegung, der Neutralität des Konfliktmittlers und der Vertraulichkeit sowie des Erreichens von «Win-win»-Lösungen⁴⁵⁷ und Nachhaltigkeit.⁴⁵⁸ Obwohl ein Mediationsverfahren einzelfallspezifisch ausgestaltet sein kann, gliedert sich ein solches Verfahren vielfach in fünf Phasen.⁴⁵⁹ Die Mediation ist in der Schweiz nicht nur für Zivilverfahren⁴⁶⁰, sondern auch für Straf-⁴⁶¹ und Verwaltungsverfahren auf Gesetzesstufe implementiert worden.⁴⁶² Mit dem Erlass von Art. 33b VwVG⁴⁶³ wurde auf Bundesebene die Möglichkeit der Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren (vor Bundesverwaltungsgericht) eingeführt;⁴⁶⁴ einige wenige Kantone kennen vergleichbare Bestimmungen.⁴⁶⁵ Mediation in verwal-

456 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237 f.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 62.

457 Als Methode für ein sachgerechtes und erfolgreiches Mediationsverfahren kann das von ROGER FISHER und WILLIAM L. URY entwickelte Harvard-Konzept herangezogen werden, das ein «Win-win»-Ergebnis anstrebt; vgl. ROGER FISHER/WILLIAM URY/BRUCE PATTON, Das Harvard-Konzept, Der Klassiker der Verhandlungstechnik, Sonderauf., Frankfurt a.M./New York 2014; vgl. dazu auch NOTTER (Fn. 7), S. 40 f.

458 Vgl. ausführlich NOTTER (Fn. 7), S. 38 ff.

459 Phase 1: Einstieg in die Mediation und Mediationsvereinbarung; Phase 2: Themensuche und -bewertung; Phase 3: Konfliktanalyse und -bearbeitung, Interessenklärung; Phase 4: Lösungsmöglichkeiten suchen und ausarbeiten; Phase 5: Schlussvereinbarung; vgl. dazu NOTTER (Fn. 7), S. 41 ff.

460 Vgl. Art. 213 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

461 Vgl. Art. 17 der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung, JStPO) vom 20. März 2009 (SR 312.1); vgl. zum Versuch der Einführung der Mediation in die Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0) NOTTER (Fn. 7), S. 49 ff.

462 Vgl. CHRISTINE GUY-ECABERT, La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: petite histoire d'un pari sur l'indépendance, AJP 2009, S. 47–56; THOMAS PFISTERER, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht, AJP 2008, S. 3–17. Im Gegensatz etwa zu Deutschland kennt die Schweiz kein allgemeines Mediationsgesetz; vgl. PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 6. In Deutschland werden Mediationsverfahren im Umfeld von Verwaltungsverfahren, die durch einen privaten Konfliktmittler erfolgen, den sog. «Privatverfahren» zugeordnet; vgl. IVO APPEL, § 32 Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 851–940, Rz. 102 ff.

463 Vgl. zu Art. 33b VwVG (ohne Berücksichtigung der Mediation) bereits ausführlich C./II./3./b.

464 Art. 33b VwVG findet auch Anwendung in Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 37 VGG; Art. 2 Abs. 4 VwVG); vgl. statt vieler NOTTER (Fn. 7), S. 56. Vgl. zu mediativen Elementen im bundesgerichtlichen Verfahren AEMISEGGER (Fn. 422), passim.

465 Vgl. insbesondere § 41a und § 41b VRG/LU; vgl. auch § 19 und § 34 Abs. 2^{bis} VRPG/AG; Art. 125 ff. Justizgesetz (JG) des Kantons Freiburg vom 31. Mai 2010 (Nr. 130.1) (diese Bestimmungen finden grundsätzlich auch Anwendung auf Verfahren der Verwaltungsrechtspflege vor dem Freiburger Kantonsgericht); vgl. zu diesen kantonalen Bestimmungen auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 249; NOTTER (Fn. 7), S. 61 ff. Im Kanton Wallis wurde ein Vorentwurf zu einem Gesetz über die Mediation im Gerichts- und Verwaltungsverfahren vom 9. September 2011 ausgearbeitet, der auch Bestimmungen zur Mediation in Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren vorsah. Der Staatsrat des Kantons Wallis hat in der Folge wegen einer zu starken Opposition in der Vernehmlassung, wobei die Kritik vor allem von Behörden gekom-

tungsrechtlichen Verfahren ist aber grundsätzlich auch zulässig, wenn das anwendbare Verfahrensrecht diese nicht vorsieht.⁴⁶⁶ Wenngleich der Anwendungsbereich von Art. 33b VwVG grundsätzlich alle (Mehrparteien-)Verfahren erfasst,⁴⁶⁷ die unter das VwVG fallen, werden in der Praxis Mediationsverfahren in Verwaltungssachen nur sehr zurückhaltend eingesetzt.⁴⁶⁸ Eine Mediation drängt sich insbesondere dort auf, wo sich Private gegenüberstehen und Verhandlungsspielräume bestehen, so z.B. in komplexen baurechtlichen Verfahren.⁴⁶⁹ In vielen Bereichen des Verwaltungsrechts erscheint das Instrument der Mediation, die mit einem erheblichen Zusatzaufwand verbunden sein kann (auch im Verhältnis zu einfachen Einigungs- und Schlichtungsbemühungen durch die Behörde ohne Einbezug eines externen Konfliktmittlers), aber als ungeeignet.⁴⁷⁰ «Gegen eine Mediation spricht insbesondere das oft vorhandene Ungleichgewicht zwischen den Verfahrensbeteiligten sowie die Officialmaxime, die es der Verwaltungsbehörde und dem Verwaltungsgericht nur begrenzt erlaubt, die Verfahrensherrschaft aus der Hand zu geben.»⁴⁷¹

men ist, von der Weiterverfolgung des Gesetzesprojekts abgesehen; vgl. dazu BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 250. Vgl. zur Diskussion im Kanton Zürich INGRID Indermaur, Braucht das VRG ZH eine Mediationsnorm?, Jusletter vom 28. November 2016.

466 Vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 60, die allerdings zu Recht darauf hinweist, dass eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich ist, sofern der Mediator nicht nur zwischen den Parteien vermitteln soll, sondern ihm weitere Befugnisse, wie etwa die Feststellung des Sachverhalts, übertragen werden sollen.

467 Vgl. auch C./II./3./b. und Fn. 375.

468 Vgl. die Hinweise bei BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 252 ff., 255 f., die (im Jahr 2019) darauf hinweisen, dass vor Bundesverwaltungsgericht «une procédure de médiation n'a été envisagée que dans de rares cas et n'a abouti dans aucune affaire»; PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 153.

SCHAEFER (Fn. 9), S. 278 ff., weist im Zusammenhang mit dem zurückhaltenden Einsatz von Mediation in Verwaltungsverfahren in Europa (im Gegensatz zu den USA) auch auf die unterschiedlichen Staatsverständnisse hin; so würde in Europa der Staat tendenziell als Leistungsträger und Unterstützer individueller Freiheit angesehen werden, in den USA hingegen als deren Gegner; in den USA sei man deshalb eher geneigt, Funktionen des Verwaltungsverfahrens einer privaten Mediatorenbranche zu übertragen.

469 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 62; vgl. eingehend zur Eignung von Mediation im Verwaltungsverfahren NOTTER (Fn. 7), S. 127 ff., die zwischen *allgemeinen* Eignungskriterien, wo sich die Frage stellt, ob die Parteien und der Konflikt für eine Mediation geeignet sind, und *besonderen* Eignungskriterien, wo es um die Frage geht, ob hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung oder der Rechtsanwendung Verhandlungsspielraum besteht, unterscheidet. Wenngleich der Entscheid über die Einsetzung eines Mediators im Verwaltungsverfahren im Ermessen der entscheidzuständigen Behörde steht, muss die Behörde über die Eignungskriterien hinaus prüfen, ob die Einsetzung eines Mediators gemäss Art. 5 BV zulässig ist, d.h. die Mediation muss rechtmässig, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein; vgl. dazu ausführlich NOTTER (Fn. 7), S. 143 ff.

470 So SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 62; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 255 f.; skeptisch in Bezug auf den Einsatz von Mediation im Beschwerdeverfahren BECK KADIMA (Fn. 414), passim; NOTTER (Fn. 7), S. 56 ff., die aber meint, dass das Mediationsverfahren nach Art. 33b VwVG in erster Linie auf erstinstanzliche Verfahren zugeschnitten sein dürfte.

471 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 62. Die Sachverhaltsfeststellung durch einen Mediator steht allerdings nicht im Gegensatz zur Untersuchungsmaxime, zumal im öffentlichen Verfahren in

Nach Art. 33b Abs. 2 VwVG kann die Behörde zur Förderung einer gütlichen Einigung eine «neutrale und fachkundige natürliche Person» als Mediator einsetzen. Art. 33b VwVG normiert eine «mitlaufende» und «behördennahe» Mediation, die in ein laufendes, formelles Verwaltungsverfahren eingebettet ist.⁴⁷² Die Mediation spielt sich nicht in einem rechtsfreien Raum ab; zum einen ist in Bezug auf das Ergebnis der Verhandlungen das Recht zu beachten, zum anderen kommen im Mediationsverfahren grundlegende Verfahrensgarantien, wie namentlich das Gleichbehandlungsgebot und der Anspruch auf rechtliches Gehör zur Anwendung.⁴⁷³ Werden Beweise abgenommen, sind die Vorschriften des VwVG zu beachten.⁴⁷⁴ Das Konsensverfahren wird durch den Mediator geleitet. Seine Aufgabe besteht vornehmlich darin, auf eine Verbesserung der Kommunikation zwischen den Parteien und auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken.⁴⁷⁵ Der Mediator, der von der Behörde beauftragt wird, fungiert demnach als «Konsensgehilfe» oder als «Katalysator» der Einigungsverhandlungen;⁴⁷⁶ in Bezug auf das Verwaltungsverfahren ist er als «Verfahrensgehilfe» zu betrachten, indem er gewisse öffentliche Verfahrensaufgaben wahrnimmt.⁴⁷⁷ Unter Wahrung seiner Neutralität darf er nicht zugunsten einer Seite Partei ergreifen, da dies eine allseits als gerecht empfundene Einigung verunmöglichen würde.⁴⁷⁸ Der Umstand, dass zwischen dem Mediator und den Parteien ein Vertrauensverhältnis besteht, kommt auch darin zum Ausdruck, dass ihm nach Art. 16 Abs. 1^{bis} VwVG im Rahmen seiner Tätigkeit ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird. Dadurch werden seine Unabhängigkeit und Akzeptanz als neutraler Vermittler gestärkt.⁴⁷⁹ Der Mediator ist «nur an das Gesetz und den Auftrag der Behörde» gebunden (Art. 33b Abs. 3 VwVG). Er darf Beweise abnehmen; für Augenscheine, Gutachten von Sachverständigen und Zeugen- einvernahmen braucht er indes eine vorgängige Ermächtigung der Behörde (Art. 33b Abs. 3 VwVG). Die den Mediator beauftragende Verwaltungsbehörde ist Verfahrensleiterin und verfügende Behörde, kann sich aber trotzdem an den Verhandlungstisch setzen und sich daran beteiligen; dadurch nimmt sie eine «Doppelrolle» ein.⁴⁸⁰ Mediationslösungen werden vom Ge-

der Regel nicht das Unmittelbarkeits-, sondern das Mittelbarkeitsprinzip gilt; vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 693.

472 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 215.

473 NOTTER (Fn. 7), S. 118, 215.

474 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 215.

475 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1335.

476 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 215.

477 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 215.

478 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1335.

479 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1335.

480 So zusammenfassend NOTTER (Fn. 7), S. 216. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass eine Einigung zwischen der verfügenden Verwaltungsbehörde und einer Partei durch Mediation gefördert werden kann. Mediationen nach Art. 33b VwVG können demnach auch in «Einpartei- verfahren» zur Anwendung kommen, wenngleich sich dieses Instrument vor allem in

setzgeber dadurch gefördert, dass auch bei Misslingen der Einigung darauf verzichtet werden kann, den Parteien die Auslagen für den Mediator aufzulegen, sofern die Interessenlage dies rechtfertigt (Art. 33b Abs. 5 VwVG).

6. Ombudsstelle

Vermittlungsdienste bei Konflikten zwischen Einzelnen und der Verwaltung werden in der Schweiz auch durch staatliche Ombudsstellen angeboten. In einzelnen Kantonen und Städten sind seit den 1970er Jahren Ombudsstellen nach skandinavischem Vorbild geschaffen worden.⁴⁸¹ Da die Wahl der Ombudspersonen regelmässig durch das Parlament erfolgt, wird auch von «parlamentarischen» Ombudsstellen gesprochen.⁴⁸² Ombudspersonen werden aufgrund von Anzeigen Privater oder aus eigener Initiative tätig.⁴⁸³ Die Hauptaufgaben einer Ombudsperson bestehen in der Beratung, Kontrolle und Vermittlung.⁴⁸⁴ So können Ombudspersonen bei Konflikten zwischen Einzelnen und der Verwaltung mit Beratungsdienstleistungen unterstützen oder durch Gespräche mit den Beteiligten vermitteln.⁴⁸⁵ Den Ombudspersonen steht zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben vielfach ein umfassendes Akteneinsichtsrecht zu, und die Verwaltungsbehörden sind zur Auskunft verpflichtet.⁴⁸⁶ Die förmlichen Sanktionsmöglichkeiten sind aber eher beschränkt: Gewisse Ombudsstellen sind befugt, im Einzelfall eine Empfehlung an die Verwaltung abzugeben; des Weiteren besteht im Rahmen der Berichterstattung gegenüber dem Parlament die Möglich-

«Mehrparteienverfahren» aufdrängen dürfte; vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 114 ff.; vgl. auch Fn. 374 und 375.

481 Die erste Ombudsstelle wurde 1971 in der Stadt Zürich ins Leben gerufen. Ombudsstellen sind heute auch in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Freiburg, Genf, Waadt, Zug und Zürich sowie in den Städten Bern, Luzern, Rapperswil-Jona, St. Gallen und Winterthur vorgesehen (vgl. <https://www.ombudsstellen.ch/> [besucht am 9.3.2020]). Weitere Kantone sehen die Möglichkeit der Errichtung von Ombudsstellen in ihren Rechtsgrundlagen vor (z.B. Art. 96 KV/BE). Auf Bundesebene ist der Versuch zur Einführung einer Ombudsstelle (letztmals 2004) gescheitert (vgl. dazu NOTTER [Fn. 7], S. 75). Allerdings gibt es die Institution der Ombudsstelle im Bereich von Radio und Fernsehen, deren Rechtsgrundlage sich im Bundesrecht findet (Art. 91–93 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 24. März 2006 [SR 784.40]). Ombudsstellen sind auch in einzelnen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften vorgesehen (z.B. Hochschulen, öffentlich-rechtlich organisierte Kirchen); vgl. zum Ganzen auch NOTTER (Fn. 7), S. 74 f.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63 (Fn. 331); vgl. weiterführend zur Institution der Ombudsperson und zu Ombudsverfahren WALTER HALLER, Der schwedische Justitieombudsman, Diss. Zürich, Winterthur 1965; DERS., Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 705–117; STEINER/NABHOLZ (Fn. 273), passim; KARINE SIEGWART, Ombudsstellen und Mediation, ZBl 103 (2002), S. 561–578, S. 565 ff.

482 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63.

483 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769.

484 STEINER/NABHOLZ (Fn. 273), S. 41 ff.; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 73.

485 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769.

486 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769.

keit, auf Missstände in Verwaltungsbehörden hinzuweisen.⁴⁸⁷ Ombudsstellen unterscheiden sich demnach insofern von verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelinstanzen, als sie nicht über förmliche Entscheidungskompetenzen verfügen.⁴⁸⁸ Vorteile von Ombudsverfahren können in der Niederschwelligkeit, Unentgeltlichkeit und Formlosigkeit gesehen werden.⁴⁸⁹ Im Übrigen können Ombudspersonen je nach Persönlichkeit, Amtsführung und Wahrnehmung in der Öffentlichkeit eine nicht zu unterschätzende Kontrollfunktion in Bezug auf die Verwaltungstätigkeit ausüben.⁴⁹⁰ Wenngleich zwischen Mediation in Verwaltungsverfahren und Vermittlung durch eine Ombudsstelle eine gewisse Ähnlichkeit besteht,⁴⁹¹ müssen die beiden Streitbelegungsverfahren auseinandergelassen werden: Ein Mediator wird für die Durchführung eines Mediationsverfahrens im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens im Einzelfall eingesetzt; es geht darum, im Sinne der Entscheidungsvorbereitung eine Einigung zwischen Parteien in einem förmlichen Verwaltungsverfahren zu suchen. Eine Ombudsperson ist hingegen eine auf Dauer eingerichtete Institution, die ausserhalb eines förmlichen Verfahrens zwischen Behörden und Bürgern vermittelt, wobei vor allem auch die Kontrolle des Verwaltungshandelns im Vordergrund steht.⁴⁹²

7. *Besondere Schlichtungsstellen und Schlichtungsverfahren*

In verschiedenen Bereichen des öffentlichen Rechts sind schliesslich besondere Schlichtungsstellen und Schlichtungsverfahren vorgesehen, die nicht in ein förmliches Verwaltungs- oder Verwaltungsbeschwerdeverfahren eingebettet sind.⁴⁹³ Als Beispiel eines solchen Schlichtungsverfahrens besonders hervorzuheben ist jenes, welches beim Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem Öffentlichkeitsgesetz des Bundes vorgesehen ist (vgl. Art. 13 und 14 BGÖ⁴⁹⁴;

487 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769.

488 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1769; NOTTER (Fn. 7), S. 74.

489 NOTTER (Fn. 7), S. 73; vgl. auch SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63.

490 SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 63; vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 74.

491 In der französischen Sprache wird die Ombudsperson denn auch vielfach als «médiateur» bezeichnet; vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 237.

492 Vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 76; SIEGWART (Fn. 481), S. 576 ff.

493 Neben dem nachfolgend ausführlich darzulegenden Schlichtungsverfahren betreffend Informationszugangsgesuche sind beispielhaft zu nennen die Schlichtungsstelle nach Art. 12c FMG (vgl. auch Art. 42 ff. FDV), die bei Streitigkeiten zwischen Kunden und Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten von jeder Partei angerufen werden kann, und Schlichtungsverfahren im öffentlichen Personalrecht (vgl. z.B. Art. 33 Abs. 4 BPG). Vgl. zur Schlichtungstätigkeit auch PFISTERER (Fn. 7), S. 245 ff.

494 Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 17. Dezember 2004 (SR 152.3).

Art. 12 und 13 VBGO⁴⁹⁵).⁴⁹⁶ Das Schlichtungsverfahren ist so konzipiert, dass es dem Verwaltungsrechtspflegeverfahren vorgeschaltet und zwingend zu durchlaufen ist; seine Durchführung ist einer anderen als der entscheidungsbefähigten Behörde, nämlich dem eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB), der über eine gewisse Unabhängigkeit verfügt und demnach Neutralität garantieren kann, übertragen.⁴⁹⁷ Das Ziel dieses Schlichtungsverfahrens besteht darin, eine einvernehmliche Regelung insbesondere zwischen derjenigen Person, die ein Gesuch um Einsicht in amtliche Dokumente gestellt hat, und der Verwaltungsbehörde, bei der das Gesuch um Einsicht gestellt worden ist, zu finden.⁴⁹⁸ Das Schlichtungsverfahren bezweckt demnach auch, ein förmliches Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren zu vermeiden.⁴⁹⁹ Das Schlichtungsverfahren untersteht den eigens dafür geschaffenen Regeln im BGÖ (Art. 13 und 14 BGÖ) und in der dazugehörigen Verordnung (Art. 12 und 13 VBGO), hingegen nicht dem VwVG, wobei die Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit zum Tragen kommen.⁵⁰⁰ Obwohl das Schlichtungsverfahren nicht zwingend im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vonstatten zu gehen hat (vgl. Art. 12 Abs. 2 VBGO), dürfte eine solche vielfach erfolgsversprechend sein.⁵⁰¹ Kann im Rahmen der Schlichtung eine einvernehmliche Regelung getroffen werden, gilt das Verfahren als erledigt (Art. 13 Abs. 3 BGÖ); scheidet hin-

495 Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGO) vom 24. Mai 2006 (SR 152.31).

496 Vgl. dazu ausführlich GREGOR T. CHATTON, La procédure de médiation administrative instaurée par la LTrans, Un nouvel hybride parmi les modes amiables de règlement des conflits administratifs, Jusletter vom 3. April 2017, der das Schlichtungsverfahren nach BGÖ insbesondere mit administrativen Mediationsverfahren vergleicht und zum Schluss kommt, dass es sich beim Schlichtungsverfahren nach BGÖ um eine «Mischform» handle; CHRISTINE GUY-ECABERT, Kommentierung der Art. 13 und 14 BGÖ, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Stämpfli Handkommentar, Bern 2008, S. 247–270. Schlichtungsverfahren im Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsprinzip sind auch in einigen Kantonen vorgesehen, wenngleich die Ausgestaltung zum Teil vom «Bundesmodell» abweicht. Es gibt aber auch Kantone, die im Bereich des Informationszugangs kein vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren vorsehen (z.B. Kanton Bern); vgl. dazu auch GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 5.

497 Vgl. GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 4 ff.

498 Vgl. GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 3. Einen Schlichtungsantrag kann allerdings auch eine Person stellen, die nach Art. 11 BGÖ angehört worden ist, sofern die Behörde gegen ihren Willen den Zugang gewähren will (Art. 13 Abs. 1 lit. c BGÖ).

499 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 3.

500 Vgl. auch GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 12.

501 So wird die Zunahme von einvernehmlichen Regelungen in der Praxis des EDÖB mitunter auch auf die verstärkte mündliche Durchführung der Schlichtungsverfahren zurückgeführt; vgl. EDÖB, 26. Tätigkeitsbericht 2018/2019, S. 65 (vgl. <http://www.edoeb.admin.ch> [besucht am 11.3.2020]); vgl. auch GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 13 Rz. 42.

gegen die Schlichtung, so hat der für das Schlichtungsverfahren zuständige Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte eine Empfehlung abzugeben (Art. 14 BGÖ), die keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfaltet und insofern auch keine Verfügung darstellt.⁵⁰² Mittelbar geht sie aber mit Rechtswirkungen einher, da sie der Verfügung der Behörde vorangeht und sowohl das Verhalten des Geschworenen als auch der Behörde beeinflussen und vorbestimmen kann.⁵⁰³ Der Geschworene kann anschliessend, sofern er mit der Empfehlung nicht einverstanden sein sollte, innerhalb von zehn Tagen nach Erhalt der Empfehlung eine Verfügung von der Behörde, bei der Einsicht verlangt worden ist, verlangen (Art. 14 Abs. 1 BGÖ). Im Übrigen erlässt die Behörde eine Verfügung, wenn sie in Abweichung von der Empfehlung entweder das Recht auf Zugang zu einem amtlichen Dokument einschränken, aufschieben oder verweigern will oder den Zugang zu einem amtlichen Dokument, das Personendaten enthält, gewähren will (Art. 14 Abs. 2 BGÖ). Das Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege. Für das Schlichtungsverfahren hat der Gesetzgeber die Unentgeltlichkeit vorgesehen (Art. 17 Abs. 2 lit. b BGÖ). Bereits der hohe prozentuale Anteil der einvernehmlichen Regelungen, die im Rahmen des Schlichtungsverfahrens erzielt werden, deutet darauf hin, dass sich dieses Verfahren in der Praxis zu bewähren scheint.⁵⁰⁴

III. Einsatzbereiche

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kommt, wie auch die Beispiele bei den einzelnen Formen gezeigt haben, in zahlreichen, wenn nicht fast in allen Bereichen des öffentlichen Rechts vor,⁵⁰⁵ so etwa im Raumplanungs- und Baurecht⁵⁰⁶, im Umweltrecht⁵⁰⁷, im Enteignungsrecht⁵⁰⁸, im öffentlichen

502 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 14 Rz. 8.

503 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 14 Rz. 8.

504 Vgl. EDÖB, 26. Tätigkeitsbericht 2018/2019, S. 64 f. (vgl. <http://www.edoeb.admin.ch> [besucht am 11.3.2020]), wonach die einvernehmlichen Lösungen zwischen 2013 und 2016 bei 40 Prozent und in den Jahren 2017 und 2018 bei 60 bzw. 55 Prozent (im Verhältnis zu den Empfehlungen) lagen.

505 So auch die Feststellung von HÖSLI (Fn. 7), S. 117, in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln.

506 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 117, 278, 327, 362, 418, 423, 444, 587, 612 und bei C./II./3./a.; vgl. weiter auch NOTKER DILLIER, Vereinfachung und Beschleunigung des Baubewilligungsverfahrens unter Berücksichtigung neuer Formen der Konfliktbewältigung, VVGE 193/1994 Nr. 50, S. 187–250.

507 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 222, 257, 324, 326, 346, 348, 362, 379, 614, 631 und bei C./II./3./a.; vgl. weiter auch MARTIN PESTALOZZI, Aktuelle Probleme des Verhandeln aus Sicht der Umweltverbände, URP 2005, S. 182–192; THOMAS PFISTERER, Verhandeln und Konsens im Verwaltungs- und insbesondere im Umweltrecht, URP 2005, S. 99–125; ELKE STAEHELIN-WITT/RAYMOND SANER/BEATRICE WAGNER PFEIFER, Verhandlungen bei Umweltkonflikten, Ökonomische, soziologische und rechtliche Aspekte des Verhandlungsansatzes im alpinen Raum, Zürich 2005.

508 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 364, 423, 586.

Wirtschaftsrecht (z.B. Kartell-⁵⁰⁹, Preisüberwachungs-⁵¹⁰ und Vergaberecht⁵¹¹)⁵¹², im Sozialversicherungsrecht⁵¹³, im Öffentlichkeitsrecht⁵¹⁴, im Staatshaftungsrecht⁵¹⁵, im öffentlichen Personalrecht⁵¹⁶ und sogar (in engen Grenzen) im Steuerrecht^{517, 518} wobei in einigen dieser Bereiche rechtliche Grundlagen bestehen, die einvernehmliches Handeln vorsehen und damit begünstigen. Freilich sind die Möglichkeiten in gewissen Verwaltungsrechtsbereichen faktisch oder rechtlich begrenzt, während andere Bereiche mehr Raum lassen. Der Anwendungsbereich des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns hängt von verschiedenen Faktoren ab; auch gibt es Unterschiede hinsichtlich der Eignung der verschiedenen Formen des konsensualen Verwaltungshandelns. Grundvoraussetzung ist, dass entweder in Bezug auf die Rechtsanwendung oder hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung Verhandlungsspielräume bestehen.⁵¹⁹ Verallgemeinernd kann gesagt werden, dass sich Möglichkeiten zu Verhandlungen insbesondere dort eröffnen, «wo komplexe Aufgaben- und Problemstellungen keine standardisierten Lösungen zulassen».⁵²⁰ «Wo sich jedoch keine besonders schwierigen rechtlichen und tatsächlichen Fragen stellen, drängt sich schon aus Gründen der Effektivität des Verwaltungshandelns und der Gleichbehandlung der Privaten ein schematisches Vorgehen auf.»⁵²¹ Allerdings ist auch in solchen Fällen konsensuales Handeln nicht ausgeschlossen, etwa weil «sich der Ausgleich von öffentlichen und privaten Interessen aufgrund der konkreten Umstände als besonders heikel erweist».⁵²² Kaum Raum für konsensuale Lösungen dürfte es im Übrigen im Bereich des sanktionierenden Verwaltungsrechts geben.⁵²³

509 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 530, 531, 580, 596 sowie bei C./II./3./b.

510 Vgl. auch die Hinweise in Fn. 323.

511 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 362.

512 Vgl. auch RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 16 Rz. 4.

513 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 362, 368, 427, 568, 596 sowie bei D./I./3./a.

514 Vgl. ausführlich C./II./7.

515 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 112, 416.

516 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 287, 493.

517 Vgl. auch die Hinweise bei Fn. 367, 383, 567, 577, 661 sowie bei D./I./3./a.

518 Vgl. auch die beispielhaften Übersichten bei BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 256 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 16 ff., 22 ff., 26 ff., 86 ff.; HÖSLI (Fn. 7), S. 120 ff. (betreffend das informell-kooperative Verwaltungshandeln); MÄCHLER (Fn. 4), S. 456 ff.; SCHMID (Fn. 7), S. 493 ff.

519 Vgl. dazu und zu weiteren Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz von konsensualen Handlungsformen D./I.

520 HÖSLI (Fn. 7), S. 119.

521 HÖSLI (Fn. 7), S. 119 f.

522 HÖSLI (Fn. 7), S. 120.

523 Vgl. auch Fn. 580 und Fn. 596.

D. Rahmenbedingungen und Schranken

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kommt – wie die Übersicht über die einzelnen Formen gezeigt hat – sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Praxis in grosser Vielfalt vor. Nachdem dem konsensualen Verwaltungshandeln bis weit ins 20. Jahrhundert hinein mit einer gewissen Skepsis begegnet worden ist,⁵²⁴ gehört es heute zum festen Bestandteil des Verwaltungsrechts. Die grundsätzliche Zulässigkeit der aufgezeigten Formen ist heute allgemein anerkannt und wird nicht mehr in Frage gestellt.⁵²⁵ Der Rechtsordnung sind aber verschiedene Rahmenbedingungen zu entnehmen, die dem konsensualen Verwaltungshandeln Grenzen setzen. Obwohl hinsichtlich der einzelnen Formen des konsensualen Verwaltungshandelns zum Teil unterschiedliche rechtliche Vorgaben gelten und die rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf die unterschiedlichen Formen teilweise unterschiedliche Fragen aufwerfen, soll nachfolgend der Versuch unternommen werden, die Rahmenbedingungen und Grenzen in allgemeiner Weise für sämtliche Formen des einvernehmlichen Verwaltungshandelns aufzuzeigen, wobei auch Raum gelassen werden soll, um auf Besonderheiten bezüglich spezifischer Formen einzugehen. Die Ausführungen werden vor Augen führen, dass ein gewisser (rechtlicher) Spielraum für konsensuales Handeln besteht, wobei dieser begrenzt ist und das konsensuale Handeln deshalb nur in einem beschränkten Mass zum Tragen kommen kann. Zunächst sind – im Sinne von Eignungskriterien – die Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz von kooperativem und konsensualem Verwaltungshandeln aufzuzeigen (I.), bevor das konsensuale Verwaltungshandeln in den Kontext der rechtsstaatlichen und prozessrechtlichen Prinzipien gestellt wird (II.).

I. Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz von kooperativen und konsensualen Handlungsformen

Es wurde bereits weiter oben aufgezeigt, dass der Behörde bei der Wahl der Handlungsform ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt, vorausgesetzt, eine bestimmte Handlungsform bzw. -modalität sei nicht durch rechtliche Vorschriften explizit oder implizit ausgeschlossen.⁵²⁶ Die Behörde hat dieses Ermessen freilich pflichtgemäss, d.h. nach den Kriterien rechtsstaatlicher Rationalität auszuüben und jene Handlungsform zu wählen, die für die Verwirklichung des anzuwendenden Rechts am besten geeignet ist.⁵²⁷ Geht es um die

524 Vgl. die Hinweise in der Einleitung.

525 Vgl. in Bezug auf das Vertragshandeln statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 20; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 129 ff.; in Bezug auf die Mediation NOTTER (Fn. 7), S. 143 ff.

526 Vgl. C./I.

527 Vgl. C./I.

Frage, ob kooperative und konsensuale Formen zum Zug kommen sollen, sind die nachfolgenden «Eignungskriterien» von Bedeutung.⁵²⁸

1. Anforderungen an die Beteiligten

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sowie die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungs(rechtspflege)verfahren beruhen auf Zustimmung und Freiwilligkeit der Beteiligten.⁵²⁹ Eine konsensuale Festlegung von Rechten und Pflichten oder eine konsensuale Beilegung von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten kann durch die Behörde nicht erzwungen werden; es muss insofern auch die Möglichkeit bestehen, aus Verhandlungen auszusteigen.⁵³⁰ Umgekehrt besteht von Seiten der Parteien grundsätzlich kein Anspruch auf ein konsensuales Vorgehen.⁵³¹ Besteht ein gewisser Druck zur Teilnahme an einem konsensualen Vorgehen (z.B. an einem Mediationsverfahren), verhindert dies aber nicht zwingend eine Konfliktbereinigung auf diesem Weg.⁵³² Aus dem Grundsatz der Freiwilligkeit folgt, dass die an einem konsensualen Vorgehen Beteiligten bereit sein müssen, aktiv zu kooperieren; es muss demnach Kompromiss- und Verhandlungsbereitschaft vorhanden sein.⁵³³ Die Beteiligten müssen des Weiteren in der Lage sein, ihre eigenen Interessen durch die Verhandlungen zu wahren (Autonomie).⁵³⁴ Sie müssen auch über ein Mindestmass an Verhandlungsmacht und «Tauschpotenzial» verfügen.⁵³⁵ Insofern scheiden Verhandlungslösungen grundsätzlich aus, wenn ein zu grosses Machtgefälle zwischen den Beteiligten vorhanden ist.⁵³⁶ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verwaltung als Verhandlungspartnerin aufgrund ihrer Hoheitsmacht die Befugnis zu einem einseitigen Entscheid behält; in diesem Zusammenhang wird von einer sog. «Drohmacht» des Staats gesprochen.⁵³⁷ Verhandlungsmacht des Gegenübers des Staats kann sich insbesondere aus einer besonderen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder aus einem gesteigerten Droh- oder Blockade-

528 Vgl. auch spezifisch in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsverfahren GUTH (Fn. 7), S. 65 ff.; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 143 ff.; in Bezug auf die Mediation NOTTER (Fn. 7), S. 127 ff.; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 64 ff.

529 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241; GUTH (Fn. 7), S. 66 f.; PFISTERER (Fn. 7), S. 254 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 128; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105; KARLEN (Fn. 10), S. 263.

530 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 66; NOTTER (Fn. 7), S. 128; vgl. auch Art. 33b Abs. 6 VwVG; BGE 145 II 259 E. 2.5.1. betreffend die einvernehmliche Regelung nach Art. 29 KG.

531 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 66; vgl. auch BGE 145 II 259 E. 2.5.1. betreffend die einvernehmliche Regelung nach Art. 29 KG; in Bezug auf Art. 33b VwVG vgl. C./II./3./b.

532 NOTTER (Fn. 7), S. 128.

533 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 66 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 799; NOTTER (Fn. 7), S. 128.

534 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 66; NOTTER (Fn. 7), S. 129.

535 Vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 129; vgl. zum «Tauschpotenzial» beim informell-kooperativen Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 146; vgl. auch SCHAEFER (Fn. 9), S. 253. PFISTERER (Fn. 7), S. 212, spricht von einem «Tauschverhältnis mit Kooperationsbonus».

536 Vgl. NOTTER (Fn. 7), S. 129; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105; HÖSLI (Fn. 7), S. 151.

537 Vgl. SCHAEFER (Fn. 9), S. 250 f.; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 151.

potenzial ergeben; Verhandlungen lassen sich aus Sicht des Staats insofern überhaupt nur sinnvoll mit Privaten führen, deren wirtschaftliche Potenz oder politischer Einfluss «Tauschpotenzial» hat.⁵³⁸ Im öffentlichen Recht muss allerdings auch beim konsensualen Verwaltungshandeln die Letztverantwortung (insbesondere hinsichtlich der Einhaltung der rechtsstaatlichen Prinzipien) bei der Behörde verbleiben.⁵³⁹

Bedeutsam ist auch die Festlegung des Kreises der an einer Verhandlung Beteiligten: Einerseits sollten alle Betroffenen (auch Drittbetroffene) einbezogen werden,⁵⁴⁰ damit diese ihre Rechte und Interessen geltend machen können; andererseits sollte es sich, um die Einigungsfindung nicht übermässig zu erschweren, um eine überschaubare Anzahl von Teilnehmenden handeln, wobei unter Umständen Vertretungsverhältnisse zu schaffen sind.⁵⁴¹ Namentlich bei informell-konsensuellem Handeln kann angesichts der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung einer Absprache erst ein stabiles Vertrauensverhältnis den Beteiligten die notwendige Erwartungssicherheit in die Einhaltung der Absprache bieten.⁵⁴² Vorausgesetzt ist weiter auch eine hinreichende fachliche Kompetenz der Verhandlungspartner und eines allfälligen Verhandlungsleiters bzw. Konfliktmittlers.⁵⁴³ Verhandlungen dürften im Übrigen vielfach nur von Erfolg gekrönt sein, wenn sich die beteiligten Akteure an gewisse Verhaltensregeln (z.B. ergebnisorientiertes Arbeiten, offene Informationspraxis, Loyalität und Aufrichtigkeit, Wahrung von Vertraulichkeit) halten.⁵⁴⁴

2. Anforderungen an die Art des Konflikts

Konsensuales Verwaltungshandeln kann zur Konfliktvermeidung, aber freilich auch zur Konfliktlösung zur Anwendung gelangen. Dienen konsensuale Handlungsformen der Konfliktlösung, ist vorausgesetzt, dass der Konflikt kompromissfähig ist, d.h. es muss Optimierungsmöglichkeiten geben bzw. es muss ein Interessenausgleich möglich sein.⁵⁴⁵ Zwischen den Beteiligten muss eine «Win-win-Lösung» oder zumindest eine für alle akzeptable Lösung zu erzielen sein.⁵⁴⁶ Ob ein Konflikt kompromissfähig ist, hängt von der Art und der Dimension des Konflikts ab. Sofern der Konflikt bereits eskaliert ist, erscheint ein Kompromiss eher unwahrscheinlich.⁵⁴⁷ Kaum kompromissfähig ist ein Konflikt

538 SCHAEFER (Fn. 9), S. 253 (Fn. 54), 254 (Fn. 62).

539 Vgl. dazu ausführlich PFISTERER (Fn. 7), S. 208 ff.

540 Vgl. zu den Besonderheiten bezüglich Drittbetroffener bei Vorabsprachen C./II./3./a.

541 NOTTER (Fn. 7), S. 129; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 143 f.; vgl. zur Ausgestaltung der Verfahrensbeteiligung eingehend auch PFISTERER (Fn. 7), S. 255 ff.

542 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 144 f.; vgl. auch HETTICH (Fn. 93), Rz. 20.105.

543 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 145.

544 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 146 ff.

545 NOTTER (Fn. 7), S. 130; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 150.

546 NOTTER (Fn. 7), S. 130.

547 NOTTER (Fn. 7), S. 130.

auch dann, wenn der Konfliktgegenstand grundlegende Gegensätze zwischen den Beteiligten beinhaltet oder die Interessen weit auseinanderliegen.⁵⁴⁸ So erweisen sich etwa Konflikte über Grundsatz- oder Wertungsfragen als kaum oder gar nicht geeignet für Verhandlungslösungen.⁵⁴⁹ Als Beispiel kann der Streit über die Ansiedlung von Kernenergieanlagen genannt werden; wer solche Anlagen ablehnt, kann sich nicht auf eine Verhandlung über die Modalitäten der Errichtung der Anlage einlassen.⁵⁵⁰

3. Verhandlungsspielraum

Verhandlungslösungen setzen auch im Verwaltungsrecht das Vorliegen eines Verhandlungsspielraums voraus.⁵⁵¹ Obwohl das Verwaltungsrecht zwingender Natur ist und die Behörden sowohl den Sachverhalt als auch das Recht von Amtes wegen zu eruieren bzw. anzuwenden haben, kann auch im Verwaltungsrecht Raum für Verhandlungselemente bestehen; dieser kann sich sowohl auf die Sachverhaltsfeststellung als auch auf die Rechtsanwendung beziehen.⁵⁵²

a. Sachverhaltsfeststellung

Bei der Sachverhaltsfeststellung besteht Verhandlungsspielraum, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt noch Veränderungen zugänglich ist, wenn demnach ein «flexibler Sachverhalt»⁵⁵³ vorliegt,⁵⁵⁴ oder wenn sich die Beteiligten

548 NOTTER (Fn. 7), S. 130; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 150.

549 NOTTER (Fn. 7), S. 130; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 150.

550 NOTTER (Fn. 7), S. 130.

551 Vgl. allgemein BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240; PFISTERER (Fn. 7), S. 250 ff.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 60; in Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2970; in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsverfahren GUTH (Fn. 7), S. 85 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 798; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 610; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 13), Rz. 1329; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 149; in Bezug auf die Mediation im Verwaltungsverfahren KARLEN (Fn. 10), S. 263; NOTTER (Fn. 7), S. 131 ff.

552 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 95 ff.; HÖSLI (Fn. 7), S. 149; NOTTER (Fn. 7), S. 130.

553 So NOTTER (Fn. 7), S. 132 f.

554 So kann sich etwa der künftige Adressat einer Verfügung im Rahmen von Verhandlungen bereit erklären, die zu beurteilenden Verhältnisse zu verändern, so beispielsweise durch eine Projektänderung, eine Anpassung des Gesuchs oder eine Änderung des Angebots in einem öffentlichen Beschaffungsverfahren. Hierbei handelt es sich faktisch um einen Interessenausgleich zwischen den Parteien und rechtlich um eine Veränderung der Entscheidungsgrundlage, die den Erlass einer Verfügung erlaubt, mit deren Inhalt alle einverstanden sind; vgl. dazu ausführlich NOTTER (Fn. 7), S. 132 f.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 96.

Es dürfte auch zulässig sein, (sanktionierende) Verwaltungsverfahren, die darauf abzielen, einer bestimmten Person wegen Pflichtverletzungen eine bestimmte Tätigkeit in Unternehmen zu verbieten, ohne Sanktion abzuschliessen, wenn sich diese Person im Laufe des Verfahrens aus den entsprechenden Funktionen zurückzieht und sich gegenüber der Behörde verpflichtet, keine entsprechenden Tätigkeiten mehr auszuüben. Der rechtmässige Zustand dürfte dadurch wiederhergestellt sein. Allfällige weitere Sanktionen bleiben aber vorbehalten; vgl. etwa auch Medienmitteilung der FINMA vom 21. 12. 2017 («FINMA beendet Verfahren gegen Pierin Vincenz»).

über Sachverhaltsfragen einigen können.⁵⁵⁵ Letzterem steht der im öffentlichen Verfahrensrecht geltende Untersuchungsgrundsatz, der Ausdruck des Legalitätsprinzips ist, nicht grundsätzlich entgegen.⁵⁵⁶ Zwar obliegt der Behörde – unter Vorbehalt der Mitwirkungspflichten der Parteien – die Abklärung des rechts-erheblichen Sachverhalts sowie die Beweisführung; sie ist weder an die Sachverhaltsdarstellungen der Parteien gebunden, noch verpflichtet, den Beweisanträgen der Parteien Folge zu leisten.⁵⁵⁷ Die Behörde hat das Ziel zu verfolgen, die sog. «materielle Wahrheit» zu erforschen, d.h. festzustellen, was wirklich geschehen ist.⁵⁵⁸ Hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsabklärungen und der Art und Weise der Sachverhaltsermittlung kommt der Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.⁵⁵⁹ Die Behörde hat den Sachverhalt nur insofern umfassend abzuklären, als die betreffenden Massnahmen verhältnismässig sind bzw. nicht zu einem unzumutbaren Aufwand führen.⁵⁶⁰ Bei der Sachverhaltsermittlung als «interaktiver» bzw. «arbeitsteiliger» Prozess⁵⁶¹ ist die Behörde überdies vielfach auf die Mitwirkung der Parteien angewiesen.⁵⁶² Vor diesem Hintergrund werden Verhandlungen und Einigungen über den Sachverhalt unter Umständen als zulässig angesehen.⁵⁶³ Dies gilt insbesondere in Situationen, in denen Unsicherheiten betreffend die Sachverhaltsfeststellung bestehen und diese nur schwer oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand beseitigt werden können.⁵⁶⁴ Die Relativierung des Untersuchungsgrundsatzes steht diesfalls im Dienste der Prozessökonomie. Die Verständigung kann dabei auch beinhalten, dass einerseits die Verwaltung die Partei(en) von einer weiteren Mitwirkung bei der Klärung des Sachverhalts entbindet und andererseits die Parteien auf den Antrag der Abnahme zusätzlicher Beweise verzichten.⁵⁶⁵ In Verwaltungsverfahren kann eine solche Verständigung demnach auch als Vereinbarung über verfahrensrechtliche Rechte und Pflichten angesehen werden.⁵⁶⁶ In Rechtsprechung und Lehre werden beispielsweise Verständigungen zwischen

555 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 95 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 133 f.

556 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 68 f.

557 Vgl. zum Untersuchungsgrundsatz statt vieler KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 142 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 92 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1313 ff.

558 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 92.

559 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 68.

560 Vgl. WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1380; vgl. ausführlich zur Sachverhaltsfeststellung im Verwaltungsverfahren ISABELLE HÄNER, Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 33–54.

561 Vgl. dazu umfassend CHRISTIAN MEYER, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019; vgl. auch WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1407.

562 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 68 f.

563 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 68 f., 95 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 133 f.

564 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 95 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 133 f.

565 Vgl. BGer, Urteil 2C_769/2009 vom 22. 6. 2010, E. 2.2.1; NOTTER (Fn. 7), S. 19, 134.

566 Vgl. BGer, Urteil 2C_769/2009 vom 22. 6. 2010, E. 2.2.1; NOTTER (Fn. 7), S. 19.

Steuerpflichtigen und Steuerbehörden über bestimmte Elemente des steuerrechtlich relevanten Sachverhalts (sog. «Steuerruling») als zulässig angesehen, insbesondere wenn dieser durch eine amtliche Untersuchung nicht oder nur unter unverhältnismässig grossen Schwierigkeiten geklärt werden kann; auch Bewertungsfragen können Gegenstand von Verständigungen sein; Verständigungen dürfen sich allerdings nicht auf eigentliche Rechtsfragen beziehen, da Bestand und Umfang der Steuerschuld ausschliesslich durch das Gesetz festgelegt werden.⁵⁶⁷ Einigungen über den Sachverhalt sind unter der Geltung von Art. 50 ATSG beispielsweise auch im Sozialversicherungsrecht zulässig.⁵⁶⁸

b. Rechtsanwendung

Das Gesetzesmässigkeitsprinzip und die Rechtsgleichheit bringen es mit sich, dass die Behörden das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben, wobei öffentliches Recht grundsätzlich zwingendes Recht darstellt.⁵⁶⁹ Weder über das anzuwendende öffentliche Recht noch über die Auslegung von öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen darf verhandelt werden.⁵⁷⁰ Konsensuales Verwaltungshandeln ist indes zulässig, wenn im Rahmen der Rechtsanwendung Verhandlungsspielraum besteht.⁵⁷¹ Ein solcher Verhandlungsspielraum liegt vor, wenn die Behörde aufgrund offener Rechtsnormen, die in unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensklauseln oder in der Durchführung von Interessenabwägungen liegen können,⁵⁷² über einen Beurteilungsspielraum verfügt und sich nach dem Zweck der offenen Normierung Verhandlungen zwischen den Beteiligten eignen.⁵⁷³ In Anlehnung an die von SCHINDLER entwickelte Typologie des Verwaltungs-

567 Vgl. zur Zulässigkeit von Verständigungen im Steuerrecht (sog. «Rulings») BGE 119 Ib 431 E. 4a; BGer, Urteil 2C_769/2009 vom 22.6.2010, E. 2.2.1; BGer, Urteil 2C_296/2009 vom 11.2.2010, E. 3.1; BVGE 2008/51 E. 2.3; PETER RICKLI, Die Einigung zwischen Behörde und Privaten im Steuerrecht, Diss. Basel, Basel 1987; RENÉ SCHREIBER/ROGER JAUN/MARLENE KOBERSKI, Steuerruling – Eine systematische Auslegeordnung unter Berücksichtigung der Praxis, ASA 80, S. 293–335; JÜRGEN STEINER, Einigung und Mediation im Verwaltungsverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Mehrwertsteuerrechts, zsis) 2011, Monatsflash Nr. 1; vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 18 ff.

568 Vgl. BGE 140 V 77 E. 3.2.1; BGE 138 V 147 E. 3.3.

569 Vgl. zum Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 154 ff.; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rz. 99 ff.

570 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 28 Rz. 33; vgl. auch NOTTER (Fn. 7), S. 136.

571 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240; GUTH (Fn. 7), S. 85 ff.; NOTTER (Fn. 7), S. 135 ff. Vgl. auch bereits C./I. mit weiteren Hinweisen.

572 Vgl. dazu allgemein TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 26 Rz. 1 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 390 ff. Nach der neuen Lehrmeinung von BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Gestaltungs Kompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010, S. 189 ff., 315 ff., ist auf die Unterscheidung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen zu verzichten. Die offenen Rechtsnormen seien nach dem Zweck, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden mit der offenen Normierung eines Entscheidungsspielraums gewähre, voneinander abzugrenzen. Unterschieden wird zwischen Einzelfallermessen, Anpassungsermessen, Sachverständigenermessen, politischem Ermessen und Managementermessen.

573 Vgl. ausführlich NOTTER (Fn. 7), S. 135 ff.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 90 ff.

ermessens, die verschiedene Typen von Ermessen (im Sinne von Gestaltungsspielräumen der Verwaltung) nach dem Zweck der offenen Normierung unterscheidet,⁵⁷⁴ besteht Verhandlungsspielraum insbesondere in Fällen, in denen die offene Rechtsnorm eine einzelfallgerechte Lösung anvisiert (sog. «Einzelfallermessen»⁵⁷⁵). Weniger gut geeignet, wenn auch nicht auszuschliessen sind Verhandlungslösungen hingegen, sofern Rechtsnormen «Sachverständigenermessen» oder «politisches Ermessen» einräumen, zumal es diesfalls weniger um eine einzelfallgerechte Lösung geht, sondern vielfach ein hoheitlicher Entscheid erforderlich ist.⁵⁷⁶ Grundsätzlich kein Verhandlungsspielraum für konsensuales Verwaltungshandeln (in der Form des verwaltungsrechtlichen Vertrags) im Rahmen der Rechtsanwendung besteht beispielsweise im Steuerrecht⁵⁷⁷, im Bereich der organisierten Sterbehilfe⁵⁷⁸ oder in Bezug auf die Einzonung von Grundstücken⁵⁷⁹. Aus Gründen der Rechtsgleichheit dürfte – selbst bei offenen Normen (wie etwa im Kartellrecht oder im Finanzmarktrecht) – auch beim sanktionierenden Verwaltungshandeln (insbesondere auch hinsichtlich der Sanktionierbarkeit und der Modalitäten der Sanktion) grundsätzlich kein Verhandlungsspielraum bestehen,⁵⁸⁰ wobei die zuständige Behörde von der Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten grundsätzlich auch nicht einseitig absehen darf.

In der Praxis ist im Übrigen die Grenze zwischen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung nicht immer eindeutig zu ziehen, weshalb sich auch der Verhandlungsspielraum nicht immer klar zuordnen lässt bzw. er gleichzeitig sowohl bei der Sachverhaltsfeststellung als auch bei der Rechtsanwendung bestehen kann.⁵⁸¹

Fraglich ist, ob einvernehmliche Lösungen nicht nur bei Unsicherheiten über die Sachlage, sondern auch bei Unsicherheiten über die Rechtslage zulässig sind. Hinsichtlich der in Art. 50 ATSG vorgesehen Vergleichsmöglichkeit hat das Bundesgericht festgehalten, dass sofern der Vergleich im Gesetzesrecht zugelassen sei, den Parteien «bei ungewisser Sach- oder Rechtslage die Befugnis eingeräumt [wird], ein Rechtsverhältnis vertraglich zu ordnen, um die be-

574 SCHINDLER (Fn. 572), S. 321 ff. (vgl. auch Fn. 572).

575 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 91 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 139 f.

576 So NOTTER (Fn. 7), S. 140 ff.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 92 f., die allerdings auch beim politischen Ermessen Verhandlungsspielraum erkennt.

577 Vgl. BGE 136 I 142 E. 4.2; BGE 121 II 273 E. 1c; BGer, Urteil 2C_296/2009 vom 11.2.2010, E. 3.1; BGer, Urteil 2A.227/2006 vom 10.10.2006, E. 3.1; vgl. auch WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2979; zulässig sind Verständigungen im Steuerrecht aber unter Umständen bei Unsicherheiten über den Sachverhalt (sog. «Steuerruling»); vgl. D./I./3./a.

578 Vgl. BGE 136 II 415 (es besteht kein Raum für eine Vereinbarung zwischen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und einer privaten Sterbehilfeorganisation im Bereich der organisierten Sterbehilfe).

579 Vgl. BGE 122 I 328 E. 4a; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 23.

580 Vgl. bezüglich des Kartellrechts die Ausführungen bei Fn. 596; vgl. auch BVer, Urteil A-6085/2009 vom 22.1.2010, E. 3.2 (Entscheidungsspielraum in Bezug auf ein Aufsichtsverfahren des BAKOM gegenüber einer Verfügungsadressatin verneint).

581 NOTTER (Fn. 7), S. 143.

stehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Dabei und damit wird in Kauf genommen, dass der Vergleichsinhalt von der Regelung des Rechtsverhältnisses abweicht, zu der es bei umfassender Klärung des Sachverhalts und der Rechtslage allenfalls gekommen wäre. Ein Vergleich ist somit zulässig, soweit der Verwaltung ein Ermessensspielraum zukommt sowie zur Beseitigung rechtlicher und/oder tatsächlicher Unklarheiten». ⁵⁸² Die Befugnis zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt die Behörde allerdings nicht, «bewusst eine gesetzwidrige Vereinbarung zu schliessen, also von einer von ihr als richtig erkannten Gesetzesanwendung im Sinne eines Kompromisses abzuweichen». ⁵⁸³

4. *Verfahrensrechtlicher Spielraum und Transparenz*

Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren erweisen sich aufgrund der vorherrschenden Schriftlichkeit als wenig zugänglich für Verständigungen zwischen den Beteiligten; ⁵⁸⁴ einvernehmliche Lösungen sind regelmässig auch darauf angewiesen, dass das Prozessrecht Raum bzw. «Türen» für mündliche Verhandlungen zwischen den Beteiligten eröffnet bzw. bereithält. ⁵⁸⁵ Solche prozessrechtlichen «Türen» liegen etwa in der Möglichkeit, Vergleichsverhandlungen ⁵⁸⁶, Instruktionsverhandlungen, mündliche Parteiverhandlungen oder Augenscheine durchzuführen. ⁵⁸⁷ Als für Verhandlungslösungen förderlich erweisen sich auch Einwendungs- (im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs) oder Einspracheverfahren (im Sinne eines Rechtsmittelverfahrens vor der verfügbaren Behörde). ⁵⁸⁸

Eine weitere Anforderung an das konsensuale Verwaltungshandeln ist ein Mindestmass an «Amtlichkeit» sowie Transparenz. ⁵⁸⁹ Was die Transparenz anbelangt, ist zu fordern, dass die einzelnen Handlungen, Verhandlungsschritte und Abmachungen in einer Weise durch Protokolle und Aktennotizen dokumentiert werden, dass sich die einzelnen Schritte rekonstruieren lassen und das

582 BGE 140 V 77 E. 3.2.1; BGE 138 V 147 E. 2.4.

583 BGE 140 V 77 E. 3.2.1; BGE 138 V 147 E. 2.4; die bundesgerichtliche Rechtsprechung befürwortend GUTH (Fn. 7), S. 96 ff.

584 Vgl. SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61. Vgl. zum Grundsatz der Schriftlichkeit im öffentlichen Prozessrecht WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3128 ff.

585 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 77 ff.; PFISTERER (Fn. 7), S. 241 ff. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV kann in der Regel kein Anspruch auf mündliche Anhörung abgeleitet werden; vgl. BGE 140 I 68 E. 9.6.1; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 3151 ff.

586 Die Durchführung von Vergleichsverhandlungen bzw. Einigungsverfahren ist allerdings nur sehr selten als Verpflichtung der Behörden vorgesehen (vgl. aber etwa Art. 45 ff. EntG).

587 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 77 ff. Sie weist darauf hin, dass die Möglichkeit von Instruktions- und mündlichen Parteiverhandlungen von den Behörden eher selten eingesetzt werden. Verhandlungen und Einigungen erfolgen aber nicht selten im Rahmen von Augenscheinen, die namentlich in Baubewilligungsverfahren verbreitet sind. Vgl. auch PFISTERER (Fn. 7), S. 249 f.

588 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 82; PFISTERER (Fn. 7), S. 214 ff.

589 Vgl. dazu ausführlich HOSLI (Fn. 7), S. 153 ff.; vgl. in Bezug auf die Transparenz des informellen Verwaltungshandelns auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 111.

Ergebnis überprüfbar ist, damit es auch einer effektiven Kontrolle unterzogen werden kann.⁵⁹⁰ Auch sollte, namentlich bei bedeutenden Vorgängen, eine hinreichende Information der Öffentlichkeit in Betracht gezogen werden.⁵⁹¹

II. Rechtsstaatliche Prinzipien als Rahmenbedingungen und Schranken

Die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien des Verwaltungsrechts erweisen sich als zentrale Anknüpfungspunkte für die Ermittlung der Rahmenbedingungen, der Zulässigkeit und der Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht. Die insbesondere in Art. 5 Abs. 1–3, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV verankerten Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Gesetzesmässigkeit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, Rechtsgleichheit und Willkürverbot) bilden Grundlage und Schranke des gesamten staatlichen Handelns,⁵⁹² d.h. auch des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns – und zwar unabhängig davon, ob es in rechtlich verbindlicher oder informeller Form ergeht.⁵⁹³ Die rechtsstaatlichen Prinzipien und (verfahrens-)grundrechtlichen Ver-

590 HÖSLI (Fn. 7), S. 154 f. Dies lässt sich auch aus dem Akteneinsichtsrecht als Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), das mit einer Aktenführungspflicht einhergeht, ableiten. Die Behörden sind verpflichtet alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann (vgl. BGE 142 I 86 E. 2.2 ff.; BGE 130 II 473 E. 4; vgl. zur Aktenführungspflicht ausführlich WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 VwVG Rz. 35 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS [Fn. 276], Rz. 507 ff.). Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör gilt gemäss vorherrschender Auffassung grundsätzlich nur in gesetzlich geregelten Rechtsanwendungsverfahren, wobei die Verfahrensgesetze konkretisierende Normen dazu enthalten (vgl. z.B. Art. 26 ff. VwVG). Erfolgen Verhandlungen im Umfeld bzw. im Rahmen von solchen gesetzlich geregelten Anwendungsverfahren, kommen demnach die verfassungsrechtlichen (und unter Umständen auch die gesetzlichen) Verfahrensgarantien zum Tragen (vgl. betreffend Mediationsverfahren im Rahmen von Verwaltungsverfahren NOTTER [Fn. 7], S. 118). Nach neueren Lehrmeinungen sind die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien aber grundsätzlich auch auf andere Handlungsformen der Verwaltung, namentlich auch auf Verwaltungsverträge und informelle Absprachen, anwendbar; vgl. dazu D./II./6.

Vor diesem Hintergrund nicht unproblematisch ist die «Transparenzpraxis» des Sekretariats der WEKO zu einvernehmlichen Regelungen nach Art. 29 KG, die nur in eingeschränktem Masse den formulierten Transparenzanforderungen Rechnung trägt (vgl. Sekretariat der WEKO, Merkblatt Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, S. 5 [Ziff. 3 der Vorlage Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG]).

591 Vgl. FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 106; PFISTERER (Fn. 7), S. 264 f.; vgl. zur Öffentlichkeit und Transparenz des Staatshandelns allgemein KARLEN (Fn. 10), S. 74 ff.; TSCHANNEN (Fn. 299), § 28.

592 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien des Verwaltungsrechts DUBEY/ZUFFEREY (Fn. 276), §§ 7 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 320 ff.; SGK BV-SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 Rz. 1 ff.; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 19 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR (Fn. 87), S. 237 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 1274 ff.

593 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 239; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 159 f.

bürgungen⁵⁹⁴ stellen demnach die Eckwerte dar, nach denen die Zulässigkeit und Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns zu bestimmen sind.⁵⁹⁵ Neben diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben hält zum Teil auch das einfache Gesetzesrecht Voraussetzungen und Schranken für das konsensuale und kooperative Verwaltungshandeln bereit, die den verfassungsrechtlichen Rahmen teilweise konkretisieren, teilweise aber auch weitergehende Einschränkungen vorsehen.⁵⁹⁶ Obwohl deshalb im Einzelfall allein aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben kein abschliessendes Urteil über die Zulässigkeit von kooperativem und konsensualem Verwaltungshandeln getroffen werden kann, sollen sich die nachfolgenden Ausführungen auf die allgemeinen, verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen beschränken. Dabei ist jeweils

594 Die Grundrechte stellen ebenfalls Rahmenbedingungen des konsensualen Handelns dar, wobei sie sich insbesondere auf den Inhalt beziehen und nachfolgend grundsätzlich nicht näher zu betrachten sind. Behandelt werden bloss (aber immerhin) einige ausgewählte verfahrensgrundrechtliche Fragen (vgl. D./II/6.). Vgl. allgemein zu den Implikationen der Grundrechte auf das konsensuale Verwaltungshandeln MÄCHLER (Fn. 4), S. 127 ff. Vgl. zur demokratischen Legitimation des kooperativen Verwaltungshandelns ABEGG (Fn. 1), S. 408 ff.

595 So auch spezifisch in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsverfahren GUTH (Fn. 7), S. 101 ff.; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 159 ff.; in Bezug auf die Mediation NOTTER (Fn. 7), S. 143 ff.; vgl. auch allgemein MÄCHLER (Fn. 4), S. 119 ff.

596 Vgl. z.B. Art. 50 Abs. 1 ATSG, wonach sich die Vergleichsmöglichkeit auf «sozialversicherungsrechtliche Leistungen» beschränkt; vgl. dazu ausführlich KIESER (Fn. 362), Art. 50 ATSG Rz. 11 ff.; GUTH (Fn. 7), S. 86 ff.

Vgl. auch Art. 29 KG, wonach sich die einvernehmliche Regelung auf die «Art und Weise der Beseitigung [einer Wettbewerbsbeschränkung]» beziehen muss. Es geht darum, «wie eine als unzulässig diagnostizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt bzw. wie der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden kann. Dabei ist nur das zukünftige Verhalten des Unternehmens Regelungsgegenstand, also nicht die Frage, ob ein früheres Verhalten zulässig sei, sondern die Frage, wie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen ist». Einvernehmliche Regelungen setzen weiter voraus, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet; vgl. BGE 145 II 259 E. 2.5.2; vgl. auch BGer, Urteil 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2.1; BGer, Urteil 2A.415/2003 vom 19.12.2003, E. 3.4.4. Das Bundesverwaltungsgericht hat ebenfalls festgehalten, dass sich eine einvernehmliche Regelung inhaltlich weder auf die Rechtsanwendung noch auf die Sachverhaltsfeststellung beziehen darf; beides sei «nicht verhandelbar»; BVGer, Urteil B-1324/2010 vom 2.7.2010, E. 5.1.2; vgl. auch BEURET, DIKE-KG, Art. 29 Rz. 38; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 Rz. 30. Ebenfalls unzulässig ist eine Vereinbarung über die Sanktionierbarkeit und die Sanktionshöhe; vgl. BVGer, Urteil B-2977/2007 vom 27.4.2010, E. 7.4.5.6; BEURET, DIKE-KG, Art. 29 Rz. 39; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 Rz. 32 ff.; vom Bundesgericht offengelassen (BGer, Urteil 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2.1). Nach der herrschenden Auffassung besteht ebenfalls kein Raum für ein Aushandeln der Sanktion zwischen Wettbewerbsbehörde und Unternehmen im Sinne eines «Plea Bargaining», d.h. eines Einverständnisses eines Wettbewerbsverstosses durch das Unternehmen im Austausch mit einem Erlass oder einer deutlich geringeren Sanktion, als sie nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen zu erwarten wäre. Indes kommt nach der Praxis der WEKO bei Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Rahmen des Ermessens eine Reduktion der Sanktion infolge Kooperation in Frage; vgl. dazu BEURET, DIKE-KG, Art. 29 Rz. 44 ff.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 29 Rz. 50 ff.

Vgl. im Übrigen auch die Regelungen in den Verfahrensgesetzen betreffend den Vergleich im Rechtsmittelverfahren, die zum Teil Zulässigkeitsvoraussetzungen festlegen (vgl. Fn. 433).

zwischen der Zulässigkeit der Wahl der Handlungsform und der inhaltlichen Ausgestaltung einer Verhandlungslösung zu unterscheiden.⁵⁹⁷

1. *Gesetzesmässigkeitsprinzip*

Das Gesetzesmässigkeitsprinzip, das die Bindung aller staatlichen Organe ans Gesetz zum Hauptanliegen hat,⁵⁹⁸ verlangt nicht, dass die Verwaltung oder gerichtliche Rechtsmittelinstanzen zum Einsatz kooperativer und konsensualer Handlungsmodalitäten durch eine Rechtsnorm ausdrücklich ermächtigt sein müssen.⁵⁹⁹ Das anwendbare Recht darf die konsensuale Rechtsverwirklichung aber weder explizit noch implizit ausschliessen, wobei Letzteres auf die für Konsenslösungen grundsätzlich notwendigen Verhandlungsspielräume bei der Rechtsanwendung verweist.⁶⁰⁰ Das Legalitätsprinzip entfaltet deshalb insbesondere Wirkungen bezüglich des mit einer bestimmten Handlungsform transportierten Inhalts.⁶⁰¹ Allerdings steht es dem Gesetz- und Verordnungsgeber offen, auf alternative, konsensuale Handlungsmodalitäten aufmerksam zu machen und eine gewisse (rechtlich nicht verbindliche) Präferenz für bestimmte Formen zum Ausdruck zu bringen, indem er die Behörden ausdrücklich zu deren Wahl motiviert, wie er dies beispielsweise mit dem Erlass von Art. 33b VwVG, Art. 41a USG, Art. 23 AltIV, Art. 50 ATSG, Art. 34 Abs. 1 BPG und Art. 29 KG getan hat;⁶⁰² teilweise besteht sogar die gesetzliche Verpflichtung, (vor einem allfälligen Verfügungsverfahren) eine einvernehmliche Lösung zu suchen (z.B. Schlichtungsverfahren nach dem BGÖ⁶⁰³).

Aus der Bindung aller staatlicher Tätigkeit ans Gesetz lässt sich weiter ableiten, dass eine Behörde nur Gegenstände zum Inhalt von Verhandlungen und Einigungen machen darf, wofür sie sachlich, örtlich und funktionell zuständig

597 So auch HÖSLI (Fn. 7), S. 159 ff., in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln.

598 Vgl. zum Gesetzesmässigkeitsprinzip statt vieler DUBEY/ZUFFEREY (Fn. 276), § 7; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 19; FELIX UHLMANN, Legalitätsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1025–1048; vgl. spezifisch zum kooperativen Verwaltungshandeln ROLF MAEGLI, Gesetzesmässigkeit im kooperativen Verwaltungshandeln, URP 1990, S. 265–291.

599 Vgl. allgemein THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169; vgl. in Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag statt vieler BGE 136 I 142 E.4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 1310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 21; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 2965; in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 168 f.; in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung in Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren GUTH (Fn. 7), S. 71.

600 Vgl. dazu bereits C./I. und D./I./3./b. Verhandlungsspielräume können sich aber auch auf die Sachverhaltsfeststellung beziehen (vgl. D./I./3./a.); diesfalls braucht es keinen Verhandlungsspielraum bezüglich der Rechtsanwendung.

601 Vgl. THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169.

602 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 169; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 72.

603 Vgl. C./II/7.

ist.⁶⁰⁴ Dies gebietet die zwingende Natur der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung, über die auch keine abweichenden Vereinbarungen getroffen werden dürfen.⁶⁰⁵

Es versteht sich im Weiteren von selbst, dass der Inhalt eines konsensual zustande gekommenen Akts rechtmässig sein muss.⁶⁰⁶ In Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag führt das Bundesgericht – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre⁶⁰⁷ – aus, «[der] Vertragsinhalt darf nicht gegen eine gültige Rechtsnorm verstossen und muss auf einem generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtssatz beruhen, der in Form eines Gesetzes erlassen worden sein muss, wenn es sich um eine wichtige Regelung handelt. Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes sind geringer als bei Verfügungen, sofern das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wegen der Zustimmung zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch die Privaten als geringfügig erscheint. Auch die Grundlage im Gesetz kann bei Verträgen im Allgemeinen schmäler sein als bei Verfügungen, weil staatliche Eingriffe in die Rechte der Privaten weniger intensiv und damit weniger wichtig sind, wenn die Betroffenen ihnen zustimmen».⁶⁰⁸ Weiter hält das Bundesgericht fest, dass «eine Vertragspartei auch zu Leistungen verpflichtet werden [darf], die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte».⁶⁰⁹ Letzteres dürfte allerdings auf Bereiche beschränkt sein, in denen Private über ihre Rechte disponieren bzw. auf ihre Rechte verzichten dürfen.⁶¹⁰ Ausserdem finden Leistungsversprechen Privater,

604 Vgl. in Bezug auf das informell-kooperative Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 137, 168.

605 Vgl. BGer, Urteil 1A.266/2005 vom 13.3.2006, E. 2.7; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 256), Rz. 297f.; vgl. zur «Prorogation» im Verwaltungsrecht ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 489 ff.

606 Vgl. in Bezug auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag statt vieler BGE 136 I 142 E. 4.1; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 29 ff.; in Bezug auf das informell-kooperative Verwaltungshandeln HÖSLI (Fn. 7), S. 169 ff.; in Bezug auf die konsensuale Streitbeilegung in Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren GUTH (Fn. 7), S. 84.

607 Vgl. GEORG MÜLLER, Zulässigkeit des Vertrags und zulässige Vertragsinhalte, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, S. 25–38, S. 36 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 29 f. Vgl. auch differenziert DUBEY/ZUFFREY (Fn. 276), Rz. 1097 ff.

608 BGE 136 I 142 E. 4.1. Dem Bundesgericht ist insofern zu widersprechen, als Verhandlungslösungen nicht stets weniger einschneidend sind als hoheitlich angeordnete Massnahmen; vgl. auch D./II./3. Bei einem krassen Verstoss des Inhalts eines verwaltungsrechtlichen Vertrags gegen Rechtsnormen erkennt das Bundesgericht auf die Nichtigkeit des Vertrags; vgl. BGE 136 II 415 E. 3, betreffend eine Vereinbarung zwischen der Zürcher Staatsanwaltschaft und einer privaten Sterbehilfeorganisation, die in krasser Weise gegen das Strafgesetzbuch und das Betäubungsmittelgesetz versties.

609 BGE 136 I 142 E. 4.2, wobei diese Festlegung mit dem Teilsatz ergänzt wird, dass aber vorausgesetzt werde, dass «die vertraglich vereinbarten Leistungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen». Dieser zweite Teil des Satzes scheint zumindest auf den ersten Blick im Widerspruch zum ersten Satz zu stehen. Er dürfte dahingehend verstanden werden, dass die Leistung, über die verhandelt wird, in grundsätzlicher Weise im Gesetz vorgesehen sein muss.

610 Vgl. zum Verzicht auf verwaltungsrechtliche Rechte HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 31), Rz. 795 ff.; vgl. zum Grundrechtsverzicht ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016,

die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen, ihre Grenze im Verhältnismässigkeitsprinzip.⁶¹¹ In Bezug auf Erschliessungsabgaben erscheint es deshalb zulässig, «wenn Private gegenüber einer Gemeinde auf dem Vertragsweg einen höheren Beitragssatz akzeptieren als im kommunalen Reglement vorgesehen, solange sie gesamthaft nicht mehr als den voraussichtlichen Gesamtaufwand der Erschliessung übernehmen».⁶¹² Diese sich auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag beziehenden Überlegungen dürften grundsätzlich auch für andere Formen des konsensualen Verwaltungshandelns gelten, insbesondere auch was das informell-konsensuale Handeln anbelangt.⁶¹³ So dürfte beispielsweise ein Privater im Rahmen von informellen Absprachen gegenüber dem Staat das Versprechen machen, bei der Sanierung einer Industrieanlage Massnahmen zugunsten des Umweltschutzes zu treffen, die über das gesetzliche Mindestmass hinausgehen.⁶¹⁴

2. *Öffentliches Interesse*

Dem öffentlichen Interesse⁶¹⁵ kommt bereits bei der Wahl der Handlungsform Bedeutung zu, indem der Einsatz konsensualer Handlungsformen einem öffentlichen Interesse entsprechen muss.⁶¹⁶ Weiter oben wurden in allgemeiner Weise die Vorzüge des konsensualen Handelns beschrieben,⁶¹⁷ die regelmässig öffentliche Interessen zum Ausdruck bringen. Lassen sich diese Vorteile im konkreten Einzelfall realisieren, zumal auch die Voraussetzungen für den erfolgreichen Einsatz konsensualer Handlungsformen gegeben sind, liegt die Wahl konsensualer Handlungsformen auch im öffentlichen Interesse.⁶¹⁸ Ein öffentliches Interesse besteht beispielsweise, sofern die gesetzlichen Vorgaben und die öffentlichen Interessen, die damit verfolgt werden, durch konsensuales Handeln, das auch den Einbezug von privatem Sachverstand mit sich bringt, im Einzelfall effektiver vollzogen und umgesetzt werden können.⁶¹⁹ Ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt es beispielsweise, wenn dadurch langwierige Verfahren vermieden und nachhaltige Lösungen gefunden werden können.⁶²⁰

Rz. 334; RALPH MALACRIDA, *Der Grundrechtsverzicht*, Diss. Zürich, Zürich 1992; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 171 ff.

611 Vgl. dazu D./II./3.; vgl. auch DUBEY/ZUFFREY (Fn. 276), Rz. 1100; HÖSLI (Fn. 7), S. 173, in Bezug auf das informell-konsensuale Verwaltungshandeln.

612 BGE 136 I 142 E. 4.2.

613 Vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 171 ff.

614 HÖSLI (Fn. 7), S. 199.

615 Vgl. zum öffentlichen Interesse als rechtsstaatliches Prinzip statt vieler DUBEY/ZUFFREY (Fn. 276), § 8; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 527 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 20.

616 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 184 ff.; NOTTER (Fn. 7), S. 145 f.; vgl. dazu auch ausführlich MÄCHLER (Fn. 4), S. 122 ff.

617 Vgl. B./IV./1.

618 Ähnlich auch GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 184 ff.; NOTTER (Fn. 7), S. 145 f.

619 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 184; NOTTER (Fn. 7), S. 145 f.

620 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 184 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 145 f.

Selbst wenn solche öffentlichen Interessen für das konsensuale Handeln bestehen, verbleibt der Verwaltungsbehörde – bei fehlenden gesetzlichen Vorgaben – aber ein erheblicher Spielraum bei der Auswahl der Handlungsform.⁶²¹ Nur wenn das öffentliche Interesse an einer konsensualen Vorgehensweise – im Verhältnis zu einer einseitig-hoheitlichen – deutlich überwiegt, ist diese Vorgehensweise angezeigt.⁶²² Ein Anspruch Privater auf konsensuales Verwaltungshandeln lässt sich aus dem öffentlichen Interesse allerdings nicht ableiten.⁶²³ Umgekehrt ist auf konsensuales Verwaltungshandeln grundsätzlich zu verzichten, sofern die öffentlichen Interessen an einem autoritativen Vollzug überwiegen.⁶²⁴ Dies ist etwa der Fall, wenn ein Interesse an der Entwicklung einer klaren, transparenten und für alle gleichermassen geltenden Rechtspraxis besteht, rechtliche Grundsatzfragen zu klären sind oder die Kontinuität einer Entscheidungspraxis erforderlich ist.⁶²⁵

Da sich die Verwaltung bei sämtlichem Handeln nach öffentlichen Interessen auszurichten hat, muss auch der Inhalt einer konsensualen Lösung im öffentlichen Interesse liegen.⁶²⁶ Da öffentliche Interessen grundsätzlich im Rahmen des demokratischen Willensbildungsprozesses bestimmt werden,⁶²⁷ sind im konkreten Anwendungsfall die Interessen massgebend, die durch die anzuwendenden Rechtsnormen vermittelt werden.⁶²⁸ Die Wahl kooperativer und konsensualer Handlungsformen entbindet die Verwaltungsbehörden nicht davon, stets sämtliche von der Rechtsordnung vorgegebenen öffentlichen Interessen zu verfolgen und die daraus fliessenden Wertungen angemessen zu berücksichtigen.⁶²⁹ Gerade bei informellen Verhandlungen kommt der Repräsentation von durchsetzungsschwachen Allgemeininteressen, die in der deutschen Lehre unter dem Stichwort des «Viertschutzes» thematisiert wird,⁶³⁰ durch entsprechende Fachbehörden eine besonders hohe Bedeutung zu; bei bedeutenden, umweltrelevanten Projekten kann etwa auch der Einbezug eines «Umweltbeauftragten» der Verwaltung oder von ausgewählten «Public-Interest-Organisationen» erwägenswert erscheinen.⁶³¹ So darf insbesondere der Erfolgszwang, dem die Behörden und die Beteiligten bei Verhandlungsprozessen ausgesetzt sind, nicht dazu führen, dass öffentliche Interessen privaten Partikularinteressen untergeordnet werden.⁶³² Zu-

621 Vgl. auch C./I.

622 HÖSLI (Fn. 7), S. 185.

623 HÖSLI (Fn. 7), S. 185.

624 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 102; HÖSLI (Fn. 7), S. 185 f.; NOTTER (Fn. 7), S. 146.

625 Vgl. BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240; GUTH (Fn. 7), S. 102; NOTTER (Fn. 7), S. 146.

626 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 186 f.

627 Vgl. BGE 138 I 378 E. 8.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 20 Rz. 5.

628 HÖSLI (Fn. 7), S. 186.

629 So ausdrücklich HÖSLI (Fn. 7), S. 186.

630 Vgl. dazu FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 104 ff.

631 So für Deutschland FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 105; vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 99 f.

632 HÖSLI (Fn. 7), S. 186; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 102.

geständnisse von Behörden und die Berücksichtigung von anerkannten Interessen des Kooperationspartners sind nur insoweit zulässig, «als diese nach Auslotung aller relevanter Interessen und nach sorgfältiger Gewichtung derselben als gerechtfertigt erscheinen».⁶³³ Im Übrigen wird zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Konsenslösung je weniger in Frage kommt, desto stärker die öffentlichen Interessen und die von den Privaten verfolgten Interessen auseinanderliegen.⁶³⁴

3. *Verhältnismässigkeitsprinzip*

Auf der Ebene der Wahl der Handlungsform ist dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz⁶³⁵ insofern Rechnung zu tragen, als konsensuales Verwaltungshandeln den Erfordernissen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit Rechnung tragen muss. Sollte sich zeigen, dass die Nachteile die Vorteile überwiegen, dass die Erreichung des angestrebten Zwecks erschwert oder gar verhindert wird oder dass es an den oben beschriebenen Erfolgsbedingungen mangelt, erweist sich das konsensuale Vorgehen als ungeeignet, weshalb darauf verzichtet werden sollte.⁶³⁶ Mit Blick auf die Erforderlichkeit hat eine staatliche Massnahme zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme ebenfalls zum Ziel führen würde.⁶³⁷ Die Auffassung, dass Verhandlungslösungen stets weniger einschneidend seien als hoheitlich angeordnete Massnahmen, zumal sie auf der Zustimmung des Privaten beruhen, vermag indes nicht zu überzeugen; eine konsensuale Lösung muss nicht a priori die mildere Massnahme sein; sie kann den Privaten unter Umständen durchaus auch stärker treffen als der Einsatz einseitig-hoheitlicher Handlungsinstrumente.⁶³⁸ Dies trifft namentlich zu, wenn mit dem Privaten eine Vereinbarung getroffen wird, die diesen stärker in die Pflicht nimmt als die Verwaltung mit autoritativen Anordnungen einfordern könnte.⁶³⁹ Die Erforderlichkeit ist demnach weniger nach der Form als nach dem Inhalt zu beurteilen.⁶⁴⁰ Weiter dürfte hinsichtlich der Wahl der Handlungsform die Zumutbarkeit der Wahl der konsensualen Vorgehensweise meistens gegeben sein, da es anstelle des konsensualen Vorgehens vielfach ohnehin zu einem (autoritativen) Verwaltungsentscheid kom-

633 HÖSLI (Fn. 7), S. 187.

634 GUTH (Fn. 7), S. 102 f.

635 Vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip als rechtsstaatliches Prinzip statt vieler DUBEY/ZUFFEREY (Fn. 276), § 9; MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013; BERNHARD RÜTSCH, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1049–1071; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 550 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 21.

636 HÖSLI (Fn. 7), S. 195; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 103; NOTTER (Fn. 7), S. 147.

637 Vgl. BGE 136 II 457 E. 6.3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 21 Rz. 6.

638 HÖSLI (Fn. 7), S. 195 f.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 104; RICHLI (Fn. 3), S. 396 f.

639 HÖSLI (Fn. 7), S. 196; vgl. dazu auch D./IL/1.

640 HÖSLI (Fn. 7), S. 196; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 104.

men würde.⁶⁴¹ Zu Recht wird im Übrigen darauf hingewiesen, dass aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip keine Verpflichtung zu kooperativem und konsensualem Handeln abgeleitet werden kann;⁶⁴² dies würde bereits der Freiwilligkeit als Grundvoraussetzung für kooperatives Handeln entgegenstehen.⁶⁴³ Vielmehr hat die Behörde im Einzelfall zu prüfen, ob ein konsensuales Vorgehen erfolgsversprechender bzw. geeigneter ist als ein einseitig-hoheitliches, wobei ihr hierbei ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt.⁶⁴⁴

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wirkt sich auch auf den Inhalt von konsensual getroffenen Entscheidungen aus.⁶⁴⁵ Wie bereits weiter oben dargelegt, darf der Private im Rahmen von Vereinbarungen mit staatlichen Behörden Verpflichtungen eingehen, die über das gesetzlich Vorgesehene hinausgehen und zu denen er mittels Verfügung nicht verpflichtet werden könnte, sofern es sich um Bereiche handelt, in denen der Private auf Rechte verzichten bzw. über diese verfügen kann.⁶⁴⁶ Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt von der Behörde grundsätzlich nicht, auf freiwillig angebotene Mehrleistungen von Privaten zu verzichten.⁶⁴⁷ In diesem Fall muss aber ein überwiegendes öffentliches Interesse an der konsensual ausgehandelten Lösung bestehen.⁶⁴⁸ Ausserdem müssen «Leistung» und «Gegenleistung» in einem vernünftigen Verhältnis zueinanderstehen und die Verhandlungslösung ausgewogen ausgestaltet sein.⁶⁴⁹ Das Verhältnismässigkeitsprinzip bietet demnach für den Privaten auch einen gewissen Schutz vor einer unter Umständen übermässigen Verhandlungsmacht des Staates.⁶⁵⁰

4. *Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot*

Hinsichtlich des Rechtsgleichheitsgebots⁶⁵¹ stellt sich zunächst die Frage, ob diesem eine Verpflichtung zu einvernehmlichem Handeln entnommen werden kann.⁶⁵² So ist etwa der Fall denkbar, dass eine Behörde mit einem Privaten

641 GUTH (Fn. 7), S. 103; NOTTER (Fn. 7), S. 147; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 201.

642 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 197 f.; MÄCHLER (Fn. 4), S. 88; RICHLI (Fn. 3), S. 396 f.

643 Vgl. dazu D./I./1.; vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 198.

644 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 198; vgl. auch C./I.

645 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 199.

646 Vgl. D./II./1.

647 HÖSLI (Fn. 7), S. 199.

648 HÖSLI (Fn. 7), S. 199; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 104.

649 HÖSLI (Fn. 7), S. 197, 200.

650 HÖSLI (Fn. 7), S. 197.

651 Vgl. zum Rechtsgleichheitsgebot statt vieler DUBEY/ZUFFEREY (Fn. 276), § 10; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 610), Rz. 738 ff.; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, § 18; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 586 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 23 Rz. 1 ff.; vgl. zu den Implikationen des Rechtsgleichheitsgebots in Bezug auf konsensuales Verwaltungshandeln auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 134 ff.

652 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 176 ff.

eine Vereinbarung getroffen hat und eine andere Privatperson nun verlangt, ebenfalls Verhandlungen führen zu wollen.⁶⁵³ Mit Blick auf die Freiwilligkeit als Grundvoraussetzung für konsensuales Handeln erscheint eine Verpflichtung zu solchem Handeln als «systemwidrig».⁶⁵⁴ Der Behörde kommt bei der Frage, ob die Erfolgsvoraussetzungen für einvernehmliches Handeln gegeben sind, ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.⁶⁵⁵ Allerdings hat die Behörde diese Beurteilung nach pflichtgemäßem Ermessen durchzuführen, d.h. sie darf ausschliesslich auf sachliche Erwägungen abstellen.⁶⁵⁶ Es versteht sich von selbst, dass eine Ablehnung beispielsweise aus Gründen der Religion, des Geschlechts oder der Staatsangehörigkeit einen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV darstellen würde.⁶⁵⁷ Sind Verhandlungen aufgenommen worden, lässt sich dem Rechtsgleichheitsgebot auch kein Anspruch auf Abschluss einer einvernehmlichen Regelung ableiten.⁶⁵⁸ Es ist schwer vorstellbar, dass in zwei vergleichbaren Fällen die rechtlich relevanten Umstände so liegen, dass die Behörde aus Gründen der Rechtsgleichheit angehalten ist, eine einvernehmliche Lösung zu treffen.⁶⁵⁹ Die Behörde muss die Möglichkeit haben, bei fehlenden Erfolgsaussichten die Verhandlungen abzubrechen; dies gilt freilich auch für die Privaten.⁶⁶⁰ In Verwaltungsbereichen, in denen der Rechtsgleichheit eine besondere Bedeutung zukommt (z.B. Steuerrecht, andere Bereiche der Massenverwaltung oder beim Aussprechen von Verwaltungsanktionen), dürfte es für Verhandlungslösungen kaum Raum geben.⁶⁶¹

Weiter muss auch die inhaltliche Ausgestaltung von Verhandlungslösungen dem Rechtsgleichheitsgebot Rechnung tragen.⁶⁶² Beim einvernehmlichen Verwaltungshandeln besteht eine gewisse Gefahr von Ungleichbehandlungen, da durch die Auswahl der Verhandlungspartner und Beteiligten, die Festlegung der Verhandlungsgegenstände sowie die Verhandlungsführung eine Besser- bzw. Schlechterstellung von einzelnen Akteuren resultieren kann.⁶⁶³ Nicht zuletzt auch deshalb ist beim konsensualen Vorgehen die Einhaltung von Transparenzvorgaben zu fordern.⁶⁶⁴ Soll in einem Einzelfall eine einvernehmliche

653 HÖSLI (Fn. 7), S. 176.

654 HÖSLI (Fn. 7), S. 176; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 105.

655 Vgl. C./I.

656 HÖSLI (Fn. 7), S. 177; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 105.

657 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 105; HÖSLI (Fn. 7), S. 177.

658 HÖSLI (Fn. 7), S. 177.

659 Vgl. auch HÖSLI (Fn. 7), S. 178.

660 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 177 f.

661 Vgl. GUTH (Fn. 7), S. 105 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 33 Rz. 23. Vgl. zur grundsätzlichen Unzulässigkeit von Steuerabkommen im Rahmen der Rechtsanwendung Fn. 577. Vgl. zum sanktionierenden Verwaltungshandeln (etwa im Kartellrecht) Fn. 580 und 596.

662 Vgl. HÖSLI (Fn. 7), S. 178 f.

663 GUTH (Fn. 7), S. 105. Diesem Aspekt ist insbesondere auch bei Verteilungsverfahren (z.B. Submissionsverfahren) besondere Beachtung zu schenken.

664 GUTH (Fn. 7), S. 105; vgl. auch D./I./4.

Regelung getroffen werden, die inhaltlich von vergleichbaren, autoritativ entschiedenen Fällen abweicht, müssen hierfür sachliche Gründe vorliegen.⁶⁶⁵ Allein der Umstand, dass konsensuale Handlungsformen eingesetzt werden, rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung von vergleichbaren Fällen nicht.⁶⁶⁶ Sofern die Behörde vergleichbare Sachverhalte in einer bestimmten Weise jeweils gleich beurteilt, verbleibt aus Gründen der Rechtsgleichheit grundsätzlich kein Raum, in einem Einzelfall eine einvernehmliche Regelung mit einem anderen Inhalt zu treffen.⁶⁶⁷ Dies gilt freilich auch, wenn die vergleichbaren Fälle jeweils einvernehmlich geregelt worden sind.⁶⁶⁸ Insofern schränkt das Rechtsgleichheitsgebot die Möglichkeiten der Behörden ein, im Rahmen von Verhandlungen individuelle Lösungen zu treffen.⁶⁶⁹ Allerdings dürfte kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln vor allem dort zum Einsatz kommen, wo die Rechtslage wegen offener Normen oder einem komplexen Geflecht von Normen «unübersichtlich» ist und/oder die zu beurteilenden Sachverhalte komplex sind und keine «standardisierten» Lösungen zulassen.⁶⁷⁰ Da die in solchen Konstellationen getroffenen Regelungen sehr stark situationsbezogen sind, dürften sie praktisch kein weiteres Mal auftreten; in solchen Fällen vermag das Rechtsgleichheitsgebot wegen mangelnder Vergleichbarkeit kaum zu begrenzen.⁶⁷¹ Oder mit anderen Worten: Ist der alternative Weg des konsensualen Verwaltungshandelns «gerade mit der Eigenart der Situation begründet, so steht das Rechtsgleichheitsgebot einer Regelung, die vom «Normalen» abweicht, nicht entgegen».⁶⁷²

5. Grundsatz von Treu und Glauben

Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV verpflichten die staatlichen Organe dazu, nach Treu und Glauben zu handeln. Ausprägungen davon sind der Grundsatz des Vertrauensschutzes, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs.⁶⁷³ Das Handeln nach Treu und Glauben betrifft sämtliche Bereiche staatlicher Tätigkeit, unabhängig davon, in welcher Form gehandelt wird. Im Zusammenhang mit dem konsensualen Verwaltungshandeln stellen sich Fragen des Vertrauensschutzes insbesondere hinsichtlich des informell-konsensualen Handelns, seien es informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns, seien es Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld

665 HÖSLI (Fn. 7), S. 178.

666 HÖSLI (Fn. 7), S. 178; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 106.

667 HÖSLI (Fn. 7), S. 178; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 106.

668 HÖSLI (Fn. 7), S. 178.

669 HÖSLI (Fn. 7), S. 178.

670 Vgl. ausführlich HÖSLI (Fn. 7), S. 117 ff., 179.

671 HÖSLI (Fn. 7), S. 179; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 106.

672 HÖSLI (Fn. 7), S. 179.

673 Vgl. zum Grundsatz von Treu und Glauben allgemein DUBEY/ZUFFEREY (Fn. 276), § 12; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 610), Rz. 818 ff.; TANQUEREL (Fn. 276), Rz. 565 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 22.

von förmlichen Verfahren.⁶⁷⁴ Dies hängt damit zusammen, dass diese Formen des Verwaltungshandelns nicht auf Rechtswirkungen ausgerichtet sind⁶⁷⁵ und sich die Frage stellt, ob informelle Absprachen und Verständigungen bzw. im Hinblick auf diese erfolgende Ermessensbetätigungen und Zusicherungen trotzdem – gestützt auf Vertrauensschutzüberlegungen – Rechtswirkungen entfalten können. Lehre und Rechtsprechung gehen zu Recht davon aus, dass informelle Absprachen und Verständigungen (in oder ausserhalb von förmlichen Verfahren) als solche wegen der fehlenden Vertrauensgrundlage und Vorbehaltslosigkeit keine rechtlichen Ansprüche bzw. Verpflichtungen zu begründen vermögen.⁶⁷⁶ Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die im Hinblick auf die Absprachen und Verständigungen erfolgten Ermessensbetätigungen und Zusicherungen rechtliche Bindungswirkungen erzeugen können, wobei im Einzelfall freilich die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes gegeben sein müssen (Vertrauensgrundlage, Vertrauensbetätigung, fehlende überwiegende öffentliche Interessen).⁶⁷⁷

6. *Verfahrensgarantien*

Verfahrensgrundrechte vermitteln zum einen Rechte im Verfahren, zum anderen statuieren sie Rechte auf ein Verfahren.⁶⁷⁸ Hinsichtlich der Reichweite der Verfahrensgrundrechte kommt dem Begriff des Verfahrens eine zentrale Bedeutung zu.⁶⁷⁹ Es ist unbestritten, dass dieser sowohl das nichtstreitige Verwaltungungsverfahren als auch den Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess umfasst; die Anforderungen an die einzelnen Verfahrensarten unterscheiden sich aber teilweise.⁶⁸⁰ Neben den rechtlich geregelten Verfahren bestehen aber auch Verfahren, die in eine verwaltungsrechtliche Handlungsform münden, indes keine oder nur eine punktuelle gesetzliche Regelung erfahren haben; dies gilt insbesondere für Verfahren, die zu einer anderen verwaltungsrechtlichen Handlungsform als zu einer

674 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 107 f.; PFENNINGER (Fn. 4), S. 193 ff.

675 Vgl. C./II./2. und 3.

676 Vgl. BGE 118 Ib 367 E. 9; BVGer, Urteil B-2625/2009 vom 4.3.2010, E. 4; PFENNINGER (Fn. 4), S. 195 f.; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 865 f., 979, 1005 f.

677 Vgl. dazu ausführlich PFENNINGER (Fn. 4), S. 196 ff.; vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 107 f.; THURNHERR (Fn. 7), Rz. 925, 980.

678 Vgl. allgemein zu den Verfahrensgrundrechten EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 275 ff.; JACQUES DUBEY, Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018, Rz. 3979 ff.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, §§ 40 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 179 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 817 ff.; DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1477–1498.

679 THURNHERR (Fn. 678), Rz. 2.

680 THURNHERR (Fn. 678), Rz. 2.

Verfügung führen.⁶⁸¹ Darunter fallen, wenn auch nicht ausschliesslich, grundsätzlich sämtliche Formen des konsensualen Verwaltungshandelns, sei es auf Rechtswirkungen gerichtet (z.B. verwaltungsrechtlicher Vertrag), sei es informell (z.B. informelle Absprachen und Verständigungen), sei es ausserhalb (z.B. verwaltungsrechtlicher Vertrag, informelle Absprache) oder im Rahmen (z.B. Vorabsprachen, Verständigungen) eines förmlichen Verfügungsverfahrens. Die Grundrechtsrechtsprechung und -wissenschaft gehen traditionellerweise von einem engeren, auf die gesetzlich geregelten Verfahren beschränkten Begriff aus und vernachlässigen in verfahrensgrundrechtlicher Hinsicht die anderen Verfahrens- und Handlungsformen.⁶⁸² Dem Umstand, dass auch in diesen Konstellationen rechtsstaatliche Schutzbedürfnisse bestehen können, hat der Gesetzgeber für den Realakt, worunter auch sämtliches informell-konsensuales Verwaltungshandeln fällt, mit Art. 25a VwVG aus dem Gesichtspunkt des nachträglichen Rechtsschutzes Rechnung getragen;⁶⁸³ auch das Bundesgericht leitet aus der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV in bestimmten Konstellation einen Anspruch auf Rechtsschutz ab, selbst wenn dies gesetzlich nicht vorgesehen ist, wobei sich der Begriff der «Rechtsstreitigkeiten» als Schlüsselbegriff erweist.⁶⁸⁴ Besonders anspruchsvoll ist die Frage, ob und inwiefern Dritte, die von einem Verwaltungsvertrag (oder einer informellen Vereinbarung⁶⁸⁵) betroffen sind, Rechtsschutz in Anspruch nehmen dürfen.⁶⁸⁶ Sofern einvernehmliche Regelungen in die Form einer Verfügung bzw. eines Entscheids überführt werden, ist der Rechtsschutz dagegen grundsätzlich gewährleistet, wenn kein Rechtsmittelverzicht gültig vereinbart worden ist; es sind aber namentlich in Bezug auf die Beschwerdegründe Besonderheiten zu beachten, zumal der konsensual zustande gekommene Entscheid durch die an einer Einigung Beteiligten aus Grün-

681 THURNHERR (Fn. 678), Rz. 2.

682 So die treffende Feststellung von THURNHERR (Fn. 678), Rz. 2, 42, und die Hinweise bei ihr in Fn. 135 auf Lehre und Rechtsprechung.

683 Vgl. zu Art. 25a VwVG statt vieler ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 25a VwVG Rz. 1 ff.; BEATRICE WEBER-DÜRLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 25a VwVG Rz. 1 ff. Vgl. zum Rechtsschutz gegen Realakte auf kantonaler Ebene WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 2336, 2414.

684 Vgl. BGE 143 I 336 E. 4.1; OFK BV-BIAGGINI, Art. 29a Rz. 4; THURNHERR (Fn. 678), Rz. 14, 42; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a Rz. 10 ff.; vgl. grundlegend zur Thematik des Zugangs zur Justiz REGINA KIENER, Zugang zur Justiz, ZSR 138 (2019) II, S. 5–99.

685 Auf Bundesebene greift beim informellen Staatshandeln Art. 25a VwVG.

686 So ist gegen den Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen Rechtsschutz grundsätzlich ausgeschlossen, ausser das Spezialgesetz sehe ein entsprechendes Rechtsmittel vor. Das Rechtschutzdefizit könnte behoben und Art. 29a BV Rechnung getragen werden, wenn nach der Zwei-Stufen-Theorie, wonach dem Vertragsabschluss eine Verfügung vorausgeht, verfahren oder ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung eingeräumt würde. Das Bundesgericht ist diesbezüglich sehr zurückhaltend; vgl. etwa BGE, Urteil 8C_596/2017 vom 1.3.2018 (betreffend einen nicht berücksichtigten Stellenbewerber); vgl. aber die weitergehenden Postulate in der Lehre (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER [Fn. 2], § 34 Rz. 6; THURNHERR [Fn. 7], Rz. 709 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR [Fn. 87], S. 209 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI [Fn. 256], Rz. 3029).

den des Vertrauensschutzes nicht leichthin wieder in Frage gestellt werden sollte.⁶⁸⁷

Die Geltung der Verfahrensgrundrechte, die bereits vor dem Entscheid bzw. einer Vereinbarung zum Tragen kommen, ist ausserhalb der traditionellen, rechtlich geregelten Verwaltungsverfahren bis heute in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings nicht anerkannt.⁶⁸⁸ In jüngster Zeit wurden nun aber in der Wissenschaft (bedeutende) Ansätze für ein breiteres, handlungsformenübergreifendes Verfahrensverständnis, welche die Bedeutung der Verfahrensgrundrechte auch in diesen Kontexten thematisieren, ausgearbeitet, die sich insbesondere auch auf das Vertragshandeln und das informell-konsensuale Verwaltungshandeln beziehen.⁶⁸⁹ Dadurch erfolgt eine stärkere «Verrechtlichung»⁶⁹⁰ und «Prozeduralisierung» dieser Handlungsformen, indem sie verfahrensgrundrechtlich eingebunden werden. Bei der Ausdehnung des Geltungsbereichs der Verfahrensgarantien sind allerdings nicht nur die subjektiven Schutzinteressen (der Vertrags- und Absprachepartner sowie Drittbetroffener) zu berücksichtigen, sondern auch, ob die betreffende Verfahrensart (etwa aufgrund des Konsenserfordernisses) bereits Schutzmechanismen aufweist, welche die Geltung bestimmter Verfahrensgrundrechte obsolet machen,⁶⁹¹ und ob spezifische Interessen, wie etwa die legitimen Interessen an einer gewissen Informalität, die dem betreffenden Verwaltungshandeln einen Mehrwert im Vergleich zum förmlichen Handeln verschaffen, gegen eine Ausdehnung des verfahrensgrundrechtlichen Schutzes sprechen.⁶⁹²

687 Vgl. dazu ausführlich GUTH (Fn. 7), S. 139 ff. Am Rand ist auf BGE 145 II 259 hinzuweisen, wonach in eine Untersuchung der WEKO involvierte Unternehmen, die an einer angeblich unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt sind, nicht legitimiert sind, die Verfügung anzufechten, mit der eine einvernehmliche Regelung mit einem anderen an der Abrede und der Untersuchung beteiligten Unternehmen genehmigt worden ist.

688 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 678), Rz. 42, m.w.H.

689 Vgl. grundlegend THURNHERR (Fn. 7), Rz. 526 ff. (allgemein), Rz. 600 ff. (in Bezug auf Verwaltungsverträge), Rz. 863 ff. (in Bezug auf informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns), Rz. 961 ff. (in Bezug auf Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von Verfügungsverfahren); vgl. auch in Kurzform THURNHERR (Fn. 678), Rz. 43. Vgl. zu den Implikationen der Verfahrensgrundrechte für das konsensuale Verwaltungshandeln auch MÄCHLER (Fn. 4), S. 136 ff. Sicherzustellen sind etwa eine hinreichende Berücksichtigung von Belangen Drittbetroffener, die Wahrung der Rechte, die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließen (wie etwa auch des Akteneinsichtsrechts, das mit einer Aktenführungspflicht einhergeht), und eine unparteiliche Verfahrensgestaltung; vgl. auch FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 100 ff., 109.

690 Vgl. allgemein in Bezug auf das informelle Verwaltungshandeln FEHLING (Fn. 81), § 38 Rz. 83 ff.

691 Wenngleich die konsensuale Entscheidungsfindung Chancen hinsichtlich der Verwirklichung von verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen beinhaltet, ist sie diesbezüglich auch mit Gefahren verbunden, die insbesondere im Ausschluss nicht beteiligter Dritter am Aushandlungsprozess erblickt werden können; vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 574 ff. Vgl. z.B. betreffend den Einbezug Drittbetroffener bei Vorabsprachen C./II./3./a.

692 Zu diesen Kriterien grundlegend und ausführlicher THURNHERR (Fn. 7), Rz. 526 ff.; vgl. auch DIES. (Fn. 678), Rz. 43.

Ohne an dieser Stelle diese Ansätze vertiefen zu wollen, soll auf eine ausgewählte verfahrensgrundrechtliche Frage eingegangen werden, nämlich die Frage, inwiefern eine informelle Vorabsprache bzw. eine informelle Verständigung im Rahmen eines förmlichen Verfügungsverfahrens eine Befangenheit (und Ausstandspflicht) qua Vorbefassung begründen kann.⁶⁹³ Das Gebot der Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde lässt sich aus dem Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung nach Art. 29 Abs. 1 BV ableiten.⁶⁹⁴ Unter Vorbefassung wird die Konstellation verstanden, wonach sich dieselbe Amtsperson in einem früheren Stadium in behördlicher Funktion mit derselben Angelegenheit befasst hat und dabei zumindest ähnliche Fragen zu beantworten hatte.⁶⁹⁵ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht für Justiz- wie auch für Verwaltungspersonen im Kern der Garantie der Unbefangenheit, «dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben».⁶⁹⁶ Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit können allerdings nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht unbesehen auf das Handeln von Verwaltungsbehörden übertragen werden; bei Exekutiv- und Verwaltungsbehörden sei zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener Aufgaben einhergehe.⁶⁹⁷ Liegt die amtliche Mehrfachbefassung im öffentlichen Interesse und ist sie in diesem Sinne systembedingt, besteht nicht bereits darin eine unzulässige Vorbefassung.⁶⁹⁸ Ob eine systembedingt vorbefasste Amtsperson tatsächlich voreingenommen erscheint, entscheidet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, wobei vorab nach Verfahrensart, Funktion oder Streitgegenstand des betreffenden Verfahrens zu unterscheiden ist.⁶⁹⁹ So wurde eine Vorbefassung im Hauptverfahren grundsätzlich verneint hinsichtlich eines Zwischenentscheids in einer identischen Angelegenheit⁷⁰⁰, einer vorsorglichen Massnahme⁷⁰¹ oder eines Zwischen-

693 Vgl. dazu THURNHERR (Fn. 7), Rz. 984 ff.; vgl. auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 86.

694 Vgl. statt vieler BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. zur Vorbefassung als Grund für Befangenheit umfassend BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 143 ff.; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 71 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 202 ff.

695 Vgl. statt vieler BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 73.

696 BGE 140 I 326 E. 5.2.

697 BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. auch WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 225, 227.

698 BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. auch WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 227.

699 BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. auch BGE 137 II 431 E. 5.2; BGE 125 I 119 E. 3d und 3f; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 678), S. 949 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 227.

700 BGE 131 I 113 E. 3.7.3; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 77.

701 BGer, Urteil 5A_584/2010 vom 30.11.2010, E. 3; BGer, Urteil 4C.514/1996 vom 15.12.1997, E. 2a; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 78.

entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege⁷⁰². Des Weiteren führen nach der Gerichtspraxis Vermittlungsversuche⁷⁰³, die blosser Meinungsbildung im Rahmen der Verfahrensinstruktion⁷⁰⁴ oder das Erörtern von Prozessaussichten im Rahmen von Vergleichsverhandlungen⁷⁰⁵ grundsätzlich nicht zur Befangenheit. In diesen Fällen wurde zuweilen mit der fehlenden Präjudizwirkung hinsichtlich des späteren Entscheids argumentiert.⁷⁰⁶ Der Umstand, dass bereits Festlegungen und Wertungen in derselben Angelegenheit getroffen wurden, vermag für sich alleine demnach noch keine Befangenheit zu begründen; «ausschlaggebend ist vielmehr, ob der Eindruck entsteht, eine Amtsperson könne sich davon nicht mehr lösen und der Verfahrensausgang sei daher bereits vorbestimmt».⁷⁰⁷ So hat das Obergericht des Kantons Zürich den Anschein der Befangenheit in einem Fall angenommen, in dem ein Richter im Rahmen eines Vergleichsgesprächs nur mit einer Partei allein verhandelte, da er sich des Verdachts aussetzte, er könnte dieser Zusicherungen gemacht oder Hinweise erteilt haben oder er sei von ihr beeinflusst worden.⁷⁰⁸ Das Bundesgericht bejahte die Befangenheit der Mitglieder einer Baukommission, die im Rahmen von Vorabklärungen im Hinblick auf das anstehende Baubewilligungsverfahren zu einem Bauvorhaben umfassend und detailliert Stellung nahmen und auch Beratungsfunktionen wahrnahmen.⁷⁰⁹ Bezüglich informeller Vorabsprachen und Verständigungen im Rahmen von Verfügungsverfahren ist nun zum einen zu beachten, dass diese zwar keine rechtliche, aber doch eine starke faktische Bindungswirkung entfalten.⁷¹⁰ Zum anderen kann sich eine besondere Problematik dadurch ergeben, dass Drittbetroffenen, die an den Vorabsprachen und Verständigungen nicht beteiligt sind, effektive Einflussmöglichkeiten auf den förmlichen Endentscheid verlustig gehen.⁷¹¹ Zu Recht wird aber darauf hingewiesen, dass vor einer vorschnellen Annahme einer Unbefangenheit zu warnen ist, da damit diesen als legitim betrachteten Handlungsformen der Boden entzogen

702 BGE 131 I 113 E. 3.7; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 79.

703 BGer, Urteil 1P.32/1997 vom 20.3.1997, E. 5a; BVGer, Urteil A-161/2010 vom 1.7.2010, E. 3.2.3; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 80.

704 ARK, Entscheid vom 17.9.2003, VPB 68 (2004) Nr. 42, E. 3d; BVGer, Urteil A-161/2010 vom 1.7.2010, E. 3.2.3; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 80.

705 BGE 114 Ia 153 E. 3b/cc; BGer, Urteil 5A.8/2001 vom 22.5.2001, E. 3e; BVGer, Urteil A-161/2010 vom 1.7.2010, E. 3.2.3; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 80.

706 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 985.

707 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 985.

708 OGer ZH, Urteil vom 23.7.2013, SJZ 110 (2014), S. 22 f.; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 10 VwVG Rz. 80.

709 BGer, Urteil 1C_150/2009 vom 8.9.2009, E. 3; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 6.3; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 229.

710 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 986.

711 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 986.

wäre.⁷¹² Deshalb ist es angezeigt, der Problematik der Vorbefassung bei Vorabsprachen und informellen Verständigungen durch Begleitmassnahmen zu begegnen.⁷¹³ Es müssen Mechanismen vorgesehen werden, «welche entweder die Selektivität der Vorabsprachen [und Verständigungen] gänzlich ausschalten oder zumindest die Offenheit des Verfahrensausgangs im förmlichen Stadium mittels einer Reduktion der Wahrscheinlichkeit faktischer Bindungswirkungen sicherstellen».⁷¹⁴

7. Verfahrensgrundsätze

Verfahrensgrundsätze zeigen im Sinne von dogmatischen Konstrukten die prägenden Merkmale gesetzlich geregelter Verfahrensordnungen auf.⁷¹⁵ Im vorliegenden Kontext stellt sich die Frage, welche Leitlinien für konsensuales Handeln, das im Rahmen von förmlichen Verfügungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren ergeht (z.B. Verständigungen und Vergleiche in einem förmlichen Verfügungs- und Beschwerdeverfahren), aus den diesen Verfahren zugrundeliegenden Verfahrensmaximen entnommen werden können. Bereits weiter oben wurde dargelegt, dass der im gesamten öffentlichen Verfahrensrecht herrschende *Untersuchungsgrundsatz* Verhandlungen und Verständigungen über den Sachverhalt zwar gewisse Grenzen setzt, solche aber nicht vollständig ausschliesst.⁷¹⁶ Ebenfalls wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass es der Verfahrensgrundsatz der *Rechtsanwendung von Amtes wegen* ausschliesst, dass über das anzuwendende öffentliche Recht oder die Auslegung von öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen Verhandlungen geführt werden; konsensuales Handeln ist allerdings zulässig, wenn im Rahmen der Rechtsanwendung Verhandlungsspielraum besteht.⁷¹⁷

Es stellt sich vorliegend deshalb insbesondere noch die Frage, welche Bedeutung der *Offizial- bzw. der Dispositionsmaxime* zukommt.⁷¹⁸ Hierbei geht es um die Frage, ob die zuständige Behörde oder aber die Parteien befugt sind, ein Verfahren einzuleiten, den Gegenstand eines Verfahrens festzulegen und über diesen zu verfügen.⁷¹⁹ Liegt die Herrschaft über das Verfahren bei der Behörde, spricht man von der *Offizialmaxime*; die *Dispositionsmaxime* bedeutet

712 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 986.

713 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 986; so auch PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 86, in Bezug auf Einigungsverfahren nach Art. 33b VwVG.

714 THURNHERR (Fn. 7), Rz. 987.

715 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 78; vgl. grundlegend zu den Verfahrensgrundsätzen ALFRED KÖLZ, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Diss. Zürich, Zürich 1973.

716 Vgl. D./I./3./a.; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240.

717 Vgl. D./I./3./b.

718 Vgl. zu diesen Verfahrensgrundsätzen statt vieler KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 138 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 82 ff.

719 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 82; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 138.

hingegen, dass das Verfahren «zur Disposition» der Parteien steht.⁷²⁰ Im öffentlichen Verfahrensrecht gilt die *Offizialmaxime* für Verwaltungsverfahren, die von Amtes wegen eingeleitet werden, so etwa Verfahren, in denen die Behörde gegenüber einer bestimmten Person eine Leistungspflicht (z.B. öffentliche Abgabe), eine Verwaltungsmassnahme (z.B. Beschlagnahme gefährlicher Gegenstände) oder eine Verwaltungsanktion (z.B. Entzug einer Bewilligung wegen Pflichtverletzung) anordnen will.⁷²¹ Die *Dispositionsmaxime* beherrscht den Zivilprozess, sie kommt aber auch im öffentlichen Verfahrensrecht zur Anwendung, so etwa in Verfahren, die von einer Partei durch ein Gesuch (z.B. Bewilligungs- oder Subventionsgesuch), eine Klage (z.B. Klage auf Schadenersatz gegen den Staat) oder ein Rechtsmittel (z.B. Beschwerde gegen die Verweigerung eines Asylgesuchs) eingeleitet werden.⁷²² Bei Rückzug eines Begehrens durch eine Partei, wird das Verfahren grundsätzlich abgeschlossen; nur ausnahmsweise kann es aufgrund gesetzlicher Anordnung dazu kommen, dass das Verfahren trotz Rückzugs des Gesuchs oder des Rechtsmittels weitergeht und die Behörde in der Sache entscheidet.⁷²³ Grundsätzlich sind sowohl in von der *Offizial-* als auch in von der *Dispositionsmaxime* beherrschten öffentlich-rechtlichen Verfahren Verständigungen, Einigungen und Vergleiche zulässig; die *Offizialmaxime* schliesst nicht aus, dass zwischen der Behörde und den Parteien eine einvernehmliche Lösung in einem förmlichen Verfahren getroffen wird.⁷²⁴ Allerdings sind nur in Verfahren, die der *Dispositionsmaxime* unterliegen, «ausserprozessuale» Vergleiche, d.h. Vergleiche, die ohne Mitwirkung der Behörde zustande kommen und zu einem Verfahrensabschluss führen, zulässig, wobei solche Vergleiche in inhaltlicher Hinsicht das anwendbare materielle Recht zu beachten haben.⁷²⁵ Im Übrigen ist zu beachten, dass die Zuweisung der Verfahrensherrschaft eine Bedeutung hinsichtlich der Stellung und der «Verhandlungsmacht» der Beteiligten in Verhandlungen haben kann. In erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, die der *Offizialmaxime* unterliegen, kann die Verwaltung etwa ihre «Drohmacht», das Rechtsverhältnis bei fehlender Einigung – unabhängig vom Verhalten der Parteien – autoritativ festzulegen, in Verhandlungen ausspielen. In Beschwerdeverfahren hingegen, in denen die

720 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 82; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 138 f.

721 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 83 f.; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 138.

722 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 86; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 169), Rz. 139 ff.

723 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 86. So müssen etwa steuerrechtliche Einspracheverfahren trotz Rückzugs der Einsprache weitergeführt werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig ist; vgl. dazu KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 923.

724 Anders offenbar GUTH (Fn. 7), S. 69 ff.; vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 240, die meinen, dass sich Verwaltungsverfahren wegen der Untersuchungs- und der *Offizialmaxime* weniger gut für einvernehmliche Lösungen eignen.

725 Vgl. zum «ausserprozessualen» Vergleich auch C./II./4.

Verfahrensherrschaft den Beschwerdeführenden zusteht, kann etwa die Möglichkeit des Beschwerderückzugs dazu führen, dass die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde in eine einvernehmliche Lösung einwilligt und die erlassene Verfügung in Wiedererwägung zieht.

Im Übrigen wurde an verschiedenen Stellen in diesem Beitrag darauf hingewiesen, dass konsensuales Handeln (insbesondere auch im Rahmen von Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren) im Dienst des allgemein anerkannten Grundsatzes der *Prozessökonomie* stehen kann.⁷²⁶

8. Fazit

Den rechtsstaatlichen und prozessrechtlichen Prinzipien sind verschiedene Rahmenbedingungen und Grenzen für das konsensuale Handeln zu entnehmen, die sich auf die Wahl oder den Inhalt konsensueller Lösungen beziehen können. Die wesentlichen rechtsstaatlichen Leitlinien lassen sich wie folgt zusammenfassen: Zunächst einmal ist keine Ermächtigung durch eine Rechtsnorm erforderlich; das anwendbare Recht darf die konsensuale Rechtsverwirklichung aber weder explizit noch implizit ausschliessen; letzteres weist auf die für Konsenslösungen grundsätzlich notwendigen Verhandlungsspielräume bei der Rechtsanwendung hin. Aufgrund der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts darf aber weder über das anzuwendende Recht noch über die Auslegung von Rechtsnormen verhandelt werden. Verhandlungsspielräume können sich auch auf die Sachverhaltsfeststellung beziehen, die keinen Verhandlungsspielraum auf der Ebene der Rechtsanwendung erfordern. Rechtsnormen können das konsensuale Vorgehen begünstigen, indem sie entsprechende Vorgehensweisen vorsehen; teilweise besteht sogar die gesetzliche Verpflichtung, (vor einem allfälligen Verfügungsverfahren) eine einvernehmliche Lösung zu suchen (z.B. Schlichtungsverfahren nach dem BGÖ⁷²⁷). Aus dem Gesetzesmässigkeitsprinzip fliesst auch die Voraussetzung, dass die an einer einvernehmlichen Regelung beteiligte Behörde sachlich, örtlich und funktionell zuständig sein muss. Weiter muss der Inhalt eines konsensual zustande gekommenen Akts rechtmässig sein. Unter gewissen Voraussetzungen darf eine Partei an einer konsensual generierten Regelung zu Leistungen verpflichtet werden, die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte. Es ist hierbei allerdings dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, das den privaten Verhandlungspartner vor einer übermässigen Verhandlungsmacht des Staats schützt. Weder aus der Handlungsmaxime des öffentlichen Interesses noch aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip lässt sich eine Verpflichtung zu einem konsensualen Handeln ableiten; dies gilt grundsätzlich auch für das Rechtsgleichheitsgebot. Sofern die rechtlichen Vorgaben einen

726 Vgl. insbesondere B./IV./1./c.; vgl. zum Verfahrensgrundsatz der Prozessökonomie statt vieler KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 13), Rz. 103 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS (Fn. 276), Rz. 1489 ff.

727 Vgl. C./II./7.

Spielraum für ein konsensuales Handeln geben, muss das entsprechende Ermessen der Behörde bei der Wahl der Handlungsform insbesondere nach den Grundsätzen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit getroffen werden; es ist insbesondere zu fragen, welches die geeignetste Vorgehensweise ist, um den Gesetzeszweck zu verwirklichen. Zu berücksichtigen sind dabei auch die Erfolgsvoraussetzungen für konsensuales Handeln.⁷²⁸ Für die Wahl der konsensualen Handlungsform bedarf es demnach eines sachlichen Grunds. Weiter ist der Repräsentation von durchsetzungsschwachen Allgemeininteressen Beachtung zu schenken. In Verwaltungsbereichen, in denen der Rechtsgleichheit eine besondere Bedeutung zukommt (z.B. Steuerrecht, andere Bereiche der Massenverwaltung oder sanktionierendes Verwaltungsrecht), dürfte es für Verhandlungslösungen kaum Raum geben. Das Rechtsgleichheitsgebot schränkt unter Umständen auch die Möglichkeit ein, im Rahmen von Verhandlungen individuelle Lösungen zu finden. Der Grundsatz von Treu und Glauben erhält insbesondere bei informellen Absprachen und Verständigungen (bzw. im Hinblick auf diese erfolgende Ermessensbetätigungen und Zusicherungen) Bedeutung, indem unter Umständen rechtliche Bindungswirkungen entstehen können. Im Zusammenhang mit den Verfahrensgrundrechten ist die Frage umstritten, ob diese – ausserhalb von rechtlich geregelten (Verfügungs- und Rechtsmittel-)Verfahren – auch beim konsensualen Verwaltungshandeln gelten; es bestehen überzeugende Ansätze, die den Geltungsbereich der Verfahrensgrundrechte auch auf diese Handlungsformen ausdehnen wollen. Besondere Bedeutung kommt dabei der hinreichenden Berücksichtigung von Belangen Drittbetroffener und der Vertrags- bzw. Absprachepartner (vor der Einigung und durch die Gewährung von Rechtsschutzmöglichkeiten), der Transparenz und einer unparteilichen Verfahrensgestaltung zu. Die Beteiligung der Behörde an einer Vorabsprache oder an einer informellen Verständigung im Rahmen eines förmlichen Verfügungsverfahrens führt grundsätzlich nicht zu einer Befangenheit qua Vorbefassung. Im Übrigen schliessen die prozessrechtlichen Maximen (Offizial- bzw. Dispositionsmaxime, Untersuchungsgrundsatz und Rechtsanwendung von Amtes wegen) konsensuale Handlungsformen in Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren nicht aus, wobei sie gewisse Einschränkungen zur Folge haben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die rechtsstaatlichen und prozessrechtlichen Prinzipien dem konsensualen Verwaltungshandeln und der konsensualen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht gewisse Rahmenbedingungen vorgeben und Schranken auferlegen, ohne diese Handlungsmodalitäten aber zu verunmöglichen. Sie belassen einen gewissen Raum für konsensuales Handeln, wengleich dieser – insbesondere im Vergleich zum Privatrecht – (erheblich) eingeschränkt ist und das konsensuale Handeln deshalb im öffentlichen Recht nur in einem beschränkten Umfang zum Tragen kommen kann.⁷²⁹

728 Vgl. D./I.

729 Vgl. auch BAECHLER/JABBOUR (Fn. 7), S. 241.

E. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

In der schweizerischen Verwaltungsrechtslehre – die in wesentlichen Teilen in der deutschen Dogmatik des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts des ausgehenden 19. Jahrhunderts gründet, was auch dazu führte, dass der Verwaltungsakt als Ausdruck der einseitig befehlenden und gebietenden Verwaltung übernommen wurde – stiessen vertragliche oder auf Einvernehmen beruhende hoheitliche Regelungen noch bis weit ins 20. Jahrhundert hinein auf erhebliche Skepsis, wenn nicht sogar auf schroffe Ablehnung. Gegen Ende des 20. Jahrhunderts kam alsdann vermehrt der Ruf auf, dass der Staat bzw. die Verwaltung mit den Rechtsunterworfenen vermehrt das Gespräch suchen und mit ihnen partnerschaftlich und einvernehmlich Rechtsverhältnisse regeln und Streitigkeiten beilegen solle.

Obwohl der Verfügung auch heute noch eine unangefochtene Vorrangstellung zukommt, haben sich ihre Erscheinung und ihr Zustandekommen massgeblich verändert, zumal sie sich auch für konsensuale und kooperative Elemente geöffnet hat. Darüber hinaus haben einvernehmliche Regelungen im Staat-Bürger-Verhältnis, seien sie rechtlich bindender oder informeller, zivil- oder öffentlich-rechtlicher Natur, an Bedeutung gewonnen. Zurückzuführen sind diese Entwicklungen auf fundamentale Veränderungen in Staat und Gesellschaft, die mit erheblichen Auswirkungen etwa auf das Spektrum der Staatsaufgaben, die politische Steuerung des Verwaltungshandelns und die Steuerungskraft des Gesetzes sowie die Stellung des der Verwaltung entgegentretenden Bürgers einhergegangen sind. Der Bundesverfassung lässt sich allerdings kein Gebot zu kooperativem Verwaltungshandeln ableiten; umgekehrt schliesst sie dieses aber auch nicht aus. In den Politikwissenschaften wurde, um den Charakter der im kooperativen Rechtsstaat bestehenden Verhandlungsbeziehungen zwischen Staat und Bürgern zu umschreiben, die Metapher vom «Schatten der Hierarchie» entwickelt. Das «Verhandlungsmodell» ist demnach neben das «Hierarchiemodell» getreten, wobei diese Modelle nicht vollständig gleichstehen. Gewisse Staatsaufgaben erfordern den Einsatz hoheitlicher Mittel und einseitiger Entscheidungen und lassen sich nicht in Gleichordnung und Konsens realisieren. Und auch dort, wo Kooperation die Normalität darstellt, ist der Staat nicht ein Partner unter anderen, sondern hat wegen seiner komplementären Aufgaben eine Sonderstellung inne, die sein Handeln rechtfertigt und zugleich bindet. Die Asymmetrie von Kompetenz und Freiheit hat auch hier Geltung. Das Recht zu einseitiger Verbindlichkeit bleibt Vorrecht des Staates und Kern seiner Hoheitsmacht; auch der kooperierende Staat nimmt Zuflucht bei seiner Befugnis, Kompromisse notfalls einseitig für verbindlich zu erklären.⁷³⁰ Die Vorstellung eines Diskurses auf Augenhöhe zwischen Verwaltung und Bürgern stellt insofern keine Realität dar.⁷³¹ Mit

730 SCHAEFER (Fn. 9), S. 250 f.

731 SCHAEFER (Fn. 9), S. 257.

dem vermehrten Einsatz kooperativer Handlungsformen hat ein qualitativer Wandel stattgefunden, wobei wohl nicht von einem eigentlichen Paradigmenwechsel gesprochen werden kann, zumal das kooperative Verwaltungshandeln nach wie vor – im Vergleich zum einseitig-hoheitlichen Handeln – eine Randerscheinung darstellt.⁷³²

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln lässt sich durch strukturelle, prozessuale und ergebnisbezogene Aspekte charakterisieren. Der Konsens im Sinne der Zustimmung der Beteiligten zu einem gemeinsam erarbeiteten Verhandlungsergebnis stellt einen Bestandteil des kooperativen Verwaltungshandelns dar; es geht insofern über die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Verfügungs- bzw. Entscheidungsverfahren hinaus, wobei eine trennscharfe Linie kaum gezogen werden kann, da die Abstufungen teilweise graduell sind und die Grenzen zwischen der Gewährung des Gehörsrechts und einer intensiveren Involvierung Privater durchaus fließend sein können. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln stellt in praktisch allen Erscheinungsformen eine eigenständige Handlungsform dar; dies gilt selbst dann, wenn es in ein anderes einseitig-hoheitliches Verwaltungshandeln und -verfahren integriert ist bzw. es sich im Umfeld eines solchen Verfahrens abspielt. Es stellt in solchen Konstellationen nicht bloss einen «besonderen Verfahrensmodus» dar. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kann sowohl losgelöst und unabhängig (allenfalls mit dem Ziel der Vermeidung) von einseitig-hoheitlichen Verfahren, insbesondere von Verfügungsverfahren, als auch im Umfeld und Rahmen von solchen förmlichen Verfahren zum Zug kommen. Im letztgenannten Fall können die kooperativen und konsensualen Elemente vor, während oder nach einem einseitig-hoheitlichen Verfahren Platz greifen. Kooperative und konsensuale Elemente sind nicht nur im Umfeld von Verfügungs-, sondern etwa auch im Rahmen von Planungs- oder Rechtsmittelverfahren anzutreffen. Hinsichtlich der Akteurkonstellationen ist zwischen Ein- und Mehrparteienverfahren zu unterscheiden, wobei Einigungen in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten unter Umständen auch ohne Mitwirkung der entscheidungsbefähigten Behörde zustande kommen können. Als Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Vorgehen stellen das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln und die konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht «Alternative Formen der Streitbeilegung» dar, wobei dazu auch etwa die öffentlich-rechtliche Schiedsgerichtsbarkeit gerechnet wird, die allerdings nicht eine Form der konsensualen Streitbeilegung im eigentlichen Sinne darstellt, zumal Schiedsgerichte grundsätzlich autoritativ entscheiden; sie wurden deshalb in diesem Beitrag nicht näher behandelt.

Zur Begründung von kooperativem und konsensualem Verwaltungshandeln wird auf theoretische Konstruktionen (Lehren vom Gesellschaftsvertrag, Diskurstheorie, Systemtheorie) Bezug genommen. Sie knüpfen an der Überzeugung an, dass ein sachgerechter Entscheidungsprozess allein oder zusam-

732 Vgl. auch für Deutschland SCHAEFER (Fn. 9), S. 255 (Fn. 69).

men mit materiellen Anleitungen eine freiheitliche und menschengerechte Gesellschaftsordnung zu verbürgen vermag. Auf der «rechtspraktischen» Ebene werden zahlreiche Gründe zugunsten des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns ins Feld geführt; zu nennen sind beispielsweise die Ermöglichung des Umgangs mit Komplexität, die Verhinderung von Vollzugsdefiziten, der Gewinn an Effektivität und Effizienz, die Verfahrensbeschleunigung, die Vermeidung von langwierigen Rechtsstreitigkeiten sowie die Erhöhung der Akzeptanz bei den Betroffenen. Des Weiteren wird dem kooperativen Verwaltungshandeln eine Kompensationsfunktion mit Blick auf die geringere rechtsatzmässige Determinierung des Verwaltungshandelns attestiert. Ausserdem wird es als Ausdruck einer neuen Verwaltungskultur («New Public Management») angesehen, in welcher der Staat dem Bürger als Partner begegnet. Das kooperative und konsensuale Verwaltungshandeln ist aber nicht ohne Kritik geblieben. So wird etwa auf die Gefahr der Relativierung des Legalitätsprinzips und des Rechtsgleichheitsgebots, die selektive Interessenberücksichtigung, die Gefährdung von Rechten Dritter, die Behinderung zügiger Verwaltungstätigkeit, die fehlende Transparenz und Erschwerung der Kontrolle sowie die Gefahr des Distanzverlustes hingewiesen. Diesen Einwänden kann begegnet werden, sofern aus rechtsstaatlicher Hinsicht überzeugende Antworten im Sinne von rechtlichen Bewältigungsstrategien gefunden werden können.

Bezüglich der Frage, ob eine Wahlfreiheit hinsichtlich der Handlungsformen und -modalitäten besteht, sollte ein zweistufiges Verfahren zur Anwendung gelangen: In einem ersten Schritt ist zu eruieren, ob es einen expliziten oder impliziten Ausschluss für bestimmte Handlungsformen und -modalitäten aufgrund des massgeblichen Rechts gibt. Eine gesetzliche Ermächtigung für konsensuale Handlungsformen ist nicht erforderlich. Rechtsnormen können das konsensuale Vorgehen begünstigen, indem sie entsprechende Vorgehensweisen vorsehen; teilweise besteht sogar die gesetzliche Verpflichtung, (vor einem allfälligen Verfügungsverfahren) eine einvernehmliche Lösung zu suchen (z.B. Schlichtungsverfahren nach dem BGÖ). Führt der erste Prüfschritt zum Ergebnis, dass sich der Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Handlungsform festgelegt hat, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, welche Handlungsform einen effektiven, effizienten und mit den Grundwerten der Verfassung in Übereinstimmung stehenden Gesetzesvollzug gewährleistet. Dabei sind freilich auch die verfahrensrechtlichen Konsequenzen der einzelnen Handlungsmöglichkeiten (sowohl hinsichtlich der Adressaten und Partner der Verwaltung als auch betroffener Dritter) mitzubersichtigen. Im Vordergrund steht demnach die Frage nach der besten Eignung einer Handlungsform in Bezug auf die Erreichung des Gesetzeszwecks, wobei der Verwaltung in diesem Zusammenhang ein erhebliches Ermessen zukommt. Man kann insofern auch von einem «Wettbewerb der Lösungswege» (im Verhältnis zum einseitig-hoheitlichen Handeln, aber auch innerhalb der verschiedenen konsensualen Formen) sprechen. Das öffentliche Interesse an einem autoritativen Vollzug überwiegt aber beispielsweise in Fällen, in denen ein Inter-

esse an der Entwicklung einer klaren, transparenten und für alle gleichermaßen geltenden Rechtspraxis besteht, rechtliche Grundsatzfragen zu klären sind oder die Kontinuität einer Entscheidungspraxis erforderlich ist.

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sowie konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht können nach verschiedenen Kriterien systematisiert werden und unterschiedliche Formen annehmen. Dazu zählen, ohne wegen des fehlenden Numerus Clausus eine abschliessende Aufzählung anzustreben, insbesondere das öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vertragshandeln, informelle Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns, Vorabsprachen und Verständigungen im Umfeld von förmlichen erstinstanzlichen Verfahren, Schlichtung und Vergleich im Rechtsmittelverfahren, Mediation im Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren, Verfahren vor Ombudsstellen sowie besondere Schlichtungsverfahren. Diese Formen weisen spezifische Charakteristika, Vor- und Nachteile sowie Chancen und Risiken auf. So kann etwa die Durchführung einer Mediation in einem Verwaltungsverfahren einen «Mehrwert» schaffen, wenn zwei oder mehrere Parteien an einem Streit beteiligt sind und ein neutraler Konfliktmittler aus Sicht der Beteiligten besser als die entscheidungsbefugte Behörde in der Lage ist, eine für alle akzeptable Verständigung herbeizuführen. Zuweilen besteht zwischen den einzelnen Formen auch eine gewisse Austauschbarkeit (so etwa zwischen dem verwaltungsrechtlichen Vertrag und der informellen Absprache). Weiter ist zu bedenken, dass eine diskursive Öffnung des Verwaltungsverfahrens als Alternative zum Vertrags- oder informellen Absprachehandeln in Frage kommen kann. Gewisse konsensuale Verfahren sind – sofern eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung besteht – primär und zwingend zu durchlaufen (z.B. Schlichtungsverfahren nach BGÖ), während andere konsensuale Verfahren (etwa aufgrund ihrer Niederschwelligkeit, wie beispielsweise die Verfahren vor der Ombudsstelle) auch parallel zu anderen Verfahren ablaufen können.

Wenngleich insbesondere in Rechtsmittelverfahren gelegentlich Vergleiche abgeschlossen werden, zeigen Berichte aus der Praxis auf, dass konsensuale Formen der Streitbeilegung im Rahmen von Verfügungs- oder Rechtsmittelverfahren relativ wenig verbreitet sind. Dies gilt in besonderem Masse für Mediationsverfahren, die mit einem erheblichen Zusatzaufwand verbunden sind. Verhandlungslösungen können gestärkt werden, indem die Behörden – in Abkehr von der Schriftlichkeit⁷³³ – vermehrt von den im Prozessrecht bestehenden Möglichkeiten der mündlichen Kommunikation mit und unter den Verfahrensbeteiligten (z.B. Durchführung von mündlichen Verhandlungen, Instruktionsverhandlungen und Augenscheinen) Gebrauch machen.⁷³⁴ Verfügungs- und

733 Treffend auch SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61: «Rein schriftlich geführte Verfahren führen in der Tendenz zu einer rhetorischen Verhärtung der Kommunikation und das gemeinsame Suchen nach einer Kompromisslösung ist auf dem Schriftweg kaum möglich.»

734 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 162 ff.; SCHINDLER (Fn. 123), Rz. 61.

Rechtsmittelinstanzen sind weiter auch ohne gesetzliche Grundlage befugt, im Einzelfall (vor dem eigentlichen Verfahren) Schlichtungsverfahren durchzuführen; von einer gesetzlichen Pflicht zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor einem Verfügungs- oder Rechtsmittelverfahren ist aber grundsätzlich abzuraten, da ein solches – im Gegensatz zum Zivilverfahren⁷³⁵ – nur ausnahmsweise bei Vorliegen bestimmter (rechtlicher und faktischer) Voraussetzungen erfolgsversprechend und zielführend ist.⁷³⁶ Zur Förderung von Konsenslösungen in Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren trägt auch die bereits heute in verschiedenen Gesetzen vorgesehene Unentgeltlichkeit der konsensualen Verfahren bei. Da die «Konsenskultur» in der administrativen und verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit noch nicht «überall in allen Köpfen» angekommen ist,⁷³⁷ braucht es letztlich auch einen gewissen «Kulturwandel» in der Verwaltung und an Verwaltungsgerichten, damit konsensuale Vorgehensweisen dort nutzbar gemacht werden, wo sie Sinn ergeben und zu besseren Ergebnissen führen.

Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln kommt in zahlreichen, wenn nicht fast in allen Bereichen des öffentlichen Rechts vor; so etwa im Raumplanungs- und Baurecht, im Umweltrecht, im Enteignungsrecht, im öffentlichen Wirtschaftsrecht (z.B. Kartell-, Preisüberwachungs- und Vergaberecht), im Sozialversicherungsrecht, im Öffentlichkeitsrecht, im Staatshaftungsrecht, im öffentlichen Personalrecht und sogar (in engen Grenzen) im Steuerrecht. Der Anwendungsbereich des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns hängt von verschiedenen Faktoren ab; auch gibt es Unterschiede hinsichtlich der Eignung der verschiedenen Formen des konsensualen Verwaltungshandelns. Grundvoraussetzung ist, dass entweder in Bezug auf die Rechtsanwendung oder hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung Verhandlungsspielraum besteht. Grundsätzlich sind aber weder das zwingende öffentliche Recht noch Sachverhalte verhandelbar. Weitere Erfolgsvoraussetzungen beziehen sich auf die Beteiligten (so ist etwa ein gewisses «Tauschpotenzial» vorausgesetzt), die Art des Konflikts sowie in förmlichen Verfahren auf die verfahrensrechtlichen Spielräume für (mündliche) Verhandlungen. Verallgemeinernd lässt sich auch sagen, dass sich Möglichkeiten zu Verhandlungen insbesondere dort eröffnen, wo komplexe Aufgaben- und Problemstellungen keine standardisierten Lösungen zulassen. Kaum Raum für konsensuale Lösungen dürfte es – nicht zuletzt aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots – etwa im Bereich des sanktionierenden Verwaltungsrechts geben.

Was schliesslich die rechtlichen Rahmenbedingungen, Zulässigkeit und Grenzen des kooperativen und konsensualen Verwaltungshandelns und der ein-

735 Im Zivilprozess ist die Durchführung von Schlichtungsverfahren die Regel; vgl. Art. 197 ff. ZPO.

736 Vgl. auch GUTH (Fn. 7), S. 165 ff.

737 PFISTERER, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 33b VwVG Rz. 44.

vernehmlichen Streitbeilegung im Verwaltungsrecht anbelangt, ist – neben den einfachgesetzlichen Vorgaben – insbesondere an den rechtsstaatlichen, verfahrensgrundrechtlichen und prozessrechtlichen Prinzipien anzuknüpfen. Diese legen für die konsensualen Handlungsformen und -modalitäten Rahmenbedingungen und Schranken fest, ohne diese Handlungsmodalitäten per se in die Illegalität zu verbannen. Sie belassen einen gewissen Raum für konsensuales Handeln, wenngleich dieser – insbesondere im Vergleich zum grundsätzlich dispositiven Privatrecht – (erheblich) eingeschränkt ist, weshalb das konsensuale Handeln im öffentlichen Recht nur in einem beschränkten Umfang zum Tragen kommen kann.⁷³⁸ Die Behörden können bzw. sollten konsensuale Formen – im Rahmen der rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen – dort nutzen, wo rechtlicher Spielraum besteht und sich diese aufgrund der faktischen Bedingungen als erfolgsversprechend erweisen. Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln sowie konsensuale Formen der Streitbeilegung im Verwaltungsrecht sind keine «Allheilmittel», sie können aber unter Umständen zu sachgerechteren und akzeptableren Lösungen führen und das einseitig-hoheitliche Staatshandeln, sofern die rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen beachtet werden, in einem durchaus auch positiven Sinne ergänzen.

Literatur

ANDREAS ABEGG, Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert, Habil. Freiburg, Bern/Stuttgart 2010.

ANDREAS ABEGG, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Habil. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009.

HEINZ AEMISEGGER, Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.

MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern, Bern 2000.

MARC AMSTUTZ/MANI REINERT (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. BSK KG-BEARBEITER/-IN).

IVO APPEL, § 32 Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 851–940.

738 Vgl. auch die Zusammenfassung bei D./II./8.

- CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Auer/Müller/Schindler).
- GREGOR BACHMANN, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Diss. Freiburg, Bern 2019.
- JEAN-LUC BAECHLER/IVAN JABBOUR, La médiation et la conciliation en droit administratif, Tour d'horizon, ZBl 120 (2019), S. 235–259.
- SUSANNE BAER, «Der Bürger» im Verwaltungsrecht, Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, Habil. Berlin, Tübingen 2006.
- MURIEL BECK KADIMA, Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.
- FRANÇOIS BELLANGER/AURÉLIE GAVILLET, La résolution amiable des différends en matière administrative, in: Jean A. Mirimanoff (Hrsg.), La résolution amiable des différends en Suisse, Interaction entre procédures traditionnelles et modes consensuels, Bern 2016, S. 145–170.
- EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012.
- ARTHUR BENZ, Der moderne Staat, 2. Aufl., Oldenburg 2008.
- ARTHUR BENZ, Kooperative Verwaltung, Funktionen, Voraussetzungen und Folgen, Baden-Baden 1994.
- CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2016.
- GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-BIAGGINI).
- ELISABETH BRAUN, Abfallminderung durch Kooperation von Staat und Wirtschaft: Bedingungen zur Umsetzung von Artikel 41 USG, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1998.
- LUKAS BRÜHWILER-FRÉSEY, Verfügung, Vertrag, Realakt und andere verwaltungsrechtliche Handlungssysteme: Eine Untersuchung über ihr gegenseitiges Verhältnis, Diss. Freiburg, Bern 1984.
- URSULA BRUNNER, Kommentar zu Art. 41a USG, in: Vereinigung für Umweltrecht/Helen Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl. (1.–8. Lieferung), Zürich 1998 ff.
- WALTER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944.

- FULVIO CAMPELLO, Il giudice amministrativo mediatore di conflitti, Mediazione in senso lato con particolare riferimento alla PA e alla procedura amministrativa ticinese, «Justice – Justiz – Giustizia» 2018/1.
- ULRICH CAVELTI, Gütliche Verständigung vor Instanzen der Verwaltungspflege, AJP 1995, S. 175–178.
- GREGOR T. CHATTON, La procédure de médiation administrative instaurée par la LTrans, Un nouvel hybride parmi les modes amiables de règlement des conflits administratifs, Jusletter vom 3. April 2017.
- SERAINA DENOTH, Mediation in Verwaltungsverfahren, insbesondere in kartellrechtlichen Verfahren, Jusletter vom 31. März 2008.
- NOTKER DILLIER, Vereinfachung und Beschleunigung des Baubewilligungsverfahrens unter Berücksichtigung neuer Formen der Konfliktbewältigung, VVGE 193/1994 Nr. 50, S. 187–250.
- DACIAN C. DRAGOS/BOGDANA NEAMTU (Hrsg.), Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Berlin/Heidelberg 2014.
- JACQUES DUBEY, Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018.
- JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Basel 2014.
- BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITER/-IN).
- KURT EICHENBERGER, Hochleistungsverwaltung des entfalteten Sozialstaates (1989), in: Georg Müller/René Rhinow/Gerhard Schmid (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Genf/München 2002, S. 351–365.
- KURT EICHENBERGER, Gewandelte Staatlichkeit im entfalteten Leistungsstaat, Kooperatives Zusammenwirken zwischen Staat und Bürger, NZZ vom 4.10.1990, S. 77 f.
- KURT EICHENBERGER, Verwaltungsprivatrecht, in: Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 75–92.
- LORENZ ENGI, «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft» und schweizerisches Verwaltungsrecht, ZBl 111 (2010), S. 153–161.
- CHRISTOPH ERRASS, Kooperative Rechtssetzung, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010.

- MICHAEL FEHLING, § 38 Informelles Verwaltungshandeln, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 1457–1521.
- MICHAEL FEHLING, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Habil. Freiburg i.Br., Tübingen 2001.
- SASCHA FERZ, Mediation im öffentlichen Bereich, Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Studie für Österreich und Deutschland, Habil. Graz, Wien 2013.
- ROGER FISHER/WILLIAM URY/BRUCE PATTON, Das Harvard-Konzept, Der Klassiker der Verhandlungstechnik, Sonderaufl., Frankfurt a.M./New York 2014.
- FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.
- CLAUDIO FRANZIUS, Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Habil. Berlin, Tübingen 2009.
- ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.
- TARKAN GÖKSU, Öffentlich-rechtliche Schiedsgerichtsbarkeit: Unterschiede zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZSR 137 (2018) I, S. 473–494.
- CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016.
- ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Zürich, Zürich 2001.
- MICHÈLE GUTH, Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017.
- CHRISTINE GUY-ECABERT, Conciliation ou médiation?, RJN 2011, S. 17–39.
- CHRISTINE GUY-ECABERT, La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: petite histoire d'un pari sur l'indépendance, AJP 2009, S. 47–56.
- CHRISTINE GUY-ECABERT, Kommentierung der Art. 13 und 14 BGÖ, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Stämpflis Handkommentar, Bern 2008, S. 247–270.
- CHRISTINE GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation, Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation, Diss. Neuenburg, Zürich/Basel/Genf 2002.

- FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht, Eine Einführung*, Bern 1986.
- ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- WALTER HALLER, *Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen*, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 705–717.
- WALTER HALLER, *Der schwedische Justitieombudsman*, Diss. Zürich, Winterthur 1965.
- ISABELLE HÄNER, *Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 33–54.
- ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Habil. Zürich, Zürich 2000.
- PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bern 2013.
- PETER HETTICH, *Handlungsformen*, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 823–857.
- PETER HETTICH, *Kooperative Risikoversorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken*, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014.
- WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Band I, Baden-Baden 1990, S. 13–41.
- WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 2 Bände, Baden-Baden 1990.
- BERND HOLZNAGEL/ULRICH RAMSAUER, § 40 *Mediation im Verwaltungsrecht*, in: Fritjof Haft/Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Aufl., München 2016, S. 921–954.
- PETER HÖSLI, *Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002.
- MAX IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, ZSR 77 (1958) II, S. 1a–218a.

- INGRID INDERMAUR, Braucht das VRG ZH eine Mediationsnorm?, Jusletter vom 28. November 2016.
- MARKUS KALTENBORN, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, Habil. Bochum, Baden-Baden 2007.
- PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018.
- STEFFEN KAUTZ, Absprachen im Verwaltungsrecht, Zulässigkeit, Grenzen und Folgen, Diss. Bayreuth, Berlin 2002.
- HELEN KELLER/MAGDALENA FOROWICZ/LORENZ ENGI, Friendly Settlements before the European Court of Human Rights, Oxford 2010.
- REGINA KIENER, Zugang zur Justiz, ZSR 138 (2019) II, S. 5–99.
- REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
- REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATTHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015.
- UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Habil. St. Gallen, Zürich 1995.
- ALFRED KÖLZ, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Diss. Zürich, Zürich 1973.
- ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- MIRIAM LENDFERS, Der Vergleich im Sozialversicherungsrecht, Knifflige Aspekte der gütlichen Einigung, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2013, S. 201–212.
- ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2009.
- ANDREAS LIENHARD, Entwicklungen im Staats- und Verwaltungsrecht, Beobachtung aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive, in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fagnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 349–379.
- ANDREAS LIENHARD, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft?, Vom Sinn und Unsinn des Neuen, AJP 2010, S. 1381–1393.

- ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse – Anforderungen – Impulse, Habil. Bern, Bern 2005.
- ERIK LUSTENBERGER, Die Verichtsvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008.
- AUGUST MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005.
- ROLF MAEGLI, Gesetzmässigkeit im kooperativen Verwaltungshandeln, URP 1990, S. 265–291.
- RALPH MALACRIDA, Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich, Zürich 1992.
- OTTO MAYER, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AöR 3 (1888), S. 3–86.
- ELEANOR MCGREGOR, L'arbitrage en droit public suisse, Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2015.
- REGINA MEIER, Das ideelle Verbandsbeschwerderecht, Eine Darstellung der Regelungen auf Bundesebene, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015.
- CHRISTIAN MEYER, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019.
- VALERIE MEYER, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2005.
- PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011.
- CHARLES-ALBERT MORAND, La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), L'Etat propulsif, Paris 1991, S. 181–219.
- ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013.
- GEORG MÜLLER, Zulässigkeit des Vertrags und zulässige Vertragsinhalte, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, S. 25–38.
- JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018.

- JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013.
- MARKUS MÜLLER, Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 57–68.
- MARKUS MÜLLER, Höflichkeit im öffentlichen Verfahren, in: Martina Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2010, S. 315–331.
- MARKUS MÜLLER, Psychologie im öffentlichen Verfahren, Eine Annäherung, Bern 2010.
- MARKUS MÜLLER, Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft, Bern 2006.
- PANDORA NOTTER, Mediation im Verwaltungsverfahren, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2013.
- TAMARA NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2005.
- ALEXIS OVERNEY, La médiation en matière administrative, in: Jean A. Mirimanoff (Hrsg.), La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Basel 2011, S. 191–213.
- MARTIN PESTALOZZI, Aktuelle Probleme des Verhandeln aus Sicht der Umweltverbände, URP 2005, S. 182–192.
- HANSPETER PFENNINGER, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Diss. Freiburg, Freiburg 1996.
- THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation sowie Schlichtung – ein Überblick zu Art. 33b VwVG, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.
- THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation und Schlichtung – Einführung in Art. 33b VwVG, AJP 2010, S. 1540–1558.
- THOMAS PFISTERER, Grundzüge von Einigung und Mediation in Art. 33b VwVG, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, S. 101–125.
- THOMAS PFISTERER, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht, AJP 2008, S. 3–17.

- THOMAS PFISTERER, Verhandeln und Konsens im Verwaltungs- und insbesondere im Umweltrecht, URP 2005, S. 99–125.
- THOMAS PFISTERER (Hrsg.), Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Zürich/Basel/Genf 2004.
- THOMAS PFISTERER, Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht («konferieren statt prozessieren»), ZSR 121 (2002) II, S. 169–315.
- ETIENNE POLTIER, Les gentlemen's agreements à participation publique, ZSR 106 (1987) I, S. 367–402.
- WOLFGANG PORTMANN/FELIX UHLMANN (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BPG).
- HERMANN PÜNDER, Kooperation statt Konfrontation, Die Verwaltung 38 (2005), S. 1–34.
- RENÉ RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 295–322.
- RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014.
- RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.
- PAUL RICHLI, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBl 92 (1991), S. 381–406.
- PETER RICKLI, Die Einigung zwischen Behörde und Privaten im Steuerrecht, Diss. Basel, Basel 1987.
- ERNST-HASSO RITTER, Der kooperative Staat, Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, AöR 104 (1979), S. 389–413.
- HELGE ROSSEN-STADTFELD, Die verhandelnde Verwaltung – Bedingungen, Funktionen, Perspektiven, Verwaltungsarchiv 97 (2006), S. 23–48.
- ULRIKE RÜSSEL, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, Diss. Hagen, Baden-Baden 2004.

- BERNHARD RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1049–1071.
- JAN PHILIPP SCHAEFER, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Kontroversen reformorientierter Verwaltungsrechtswissenschaft, Habil. Heidelberg, Tübingen 2016.
- BENJAMIN SCHINDLER, § 136 Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum, Band VIII, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren, Heidelberg 2019, S. 601–662.
- BENJAMIN SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 130 (2011) II, S. 331–437.
- BENJAMIN SCHINDLER, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band III: Verwaltungsrecht in Europa, Grundlagen, Heidelberg 2010, S. 313–349.
- BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010.
- BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002.
- VOLKER SCHLETTE, Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Habil. Göttingen, Tübingen 2000.
- GERHARD SCHMID, Kooperatives Verwaltungshandeln, in: Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), Festgabe Walter Straumann, Solothurn 2013, S. 489–498.
- EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.
- OTMAR SCHNEIDER, Grundlegendes zu Einigung und Mediation, «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.
- JENS-PETER SCHNEIDER, Kooperative Verwaltungsverfahren, Verwaltungsarchiv 87 (1996), S. 38–67.
- FRIEDRICH SCHOCH, § 37 Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. Heidelberg 2005, S. 131–227.

- RENÉ SCHREIBER/ROGER JAUN/MARLENE KOBIERSKI, *Steuerruling – Eine systematische Auslegung unter Berücksichtigung der Praxis*, ASA 80, S. 293–335.
- HELMUT SCHULZE-FIELITZ, § 12 Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 823–902.
- KARINE SIEGWART, *Einführung in Begriffe und Arten der Mediation*, in: Thomas Pfisterer (Hrsg.), *Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich*, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 15–29.
- KARINE SIEGWART, *Ombudsstellen und Mediation*, ZBl 103 (2002), S. 561–578.
- JÜRGE STEINER, *Einigung und Mediation im Verwaltungsverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Mehrwertsteuerrechts*, zsis) 2011, Monatsflash Nr. 1.
- ROLF STEINER/ANDREAS NABHOLZ, *Ombuds-Mediation, Mediation in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere durch parlamentarische Ombudsstellen in der Schweiz*, Zürich/Basel/Genf 2003.
- ANDREAS STÖCKLI, *Verwaltungskontrolle – eine Einführung*, in: *Jahrbuch 2018/2019 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht*, Bern 2019, S. 3–46.
- CHRISTOPH A. STUMPF, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Habil. Halle-Wittenberg, Tübingen 2006.
- LAWRENCE SUSSKIND/JEFFREY CRUIKSHANK, *Breaking the Impasse, Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, New York 1987.
- LAWRENCE SUSSKIND/GERARD MCMAHON, *Theorie und Praxis ausgehandelter Normsetzung in den USA*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Band I, Baden-Baden 1990, S. 67–95.
- THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2018.
- DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1477–1498.
- DANIELA THURNHERR, *Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven*, ZSR 138 (2019) II, S. 101–199.

- DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen 2013.
- PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., Bern 2016.
- PIERRE TSCHANNEN, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bern 2008.
- PIERRE TSCHANNEN, *Amtliche Warnungen und Empfehlungen*, ZSR 118 (1999) II, S. 353–455.
- PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014.
- FELIX UHLMANN, *Legalitätsprinzip*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Bejamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1025–1048.
- FELIX UHLMANN, *Die Kontrolle des Verwaltungshandelns*, ZBl 118 (2017), S. 471–489.
- STEFAN VOGEL, *Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht*, ZBl 111 (2010), S. 670–683.
- STEFAN VOGEL, *Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten*, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008.
- ANDREAS VOSSKUHLE, § 1 *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 1–63.
- BEATRICE WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht, Allgemeine Grundlagen*, Zürich/St. Gallen 2017.
- BERNHARD WALDMANN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Eine Einführung*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1–24.
- BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/-IN).
- BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*).
- BERNHARD WALDMANN/RÉNÉ WIEDERKEHR, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2019.

- RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020.
- RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012.
- ELKE STAEHELIN-WITT/RAYMOND SANER/BEATRICE WAGNER PFEIFER, Verhandlungen bei Umweltkonflikten, Ökonomische, soziologische und rechtliche Aspekte des Verhandlungsansatzes im alpinen Raum, Zürich 2005.
- THOMAS WÜRTEMBERGER, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, Baden-Baden 1996.
- ROGER ZÄCH ET AL. (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. BEARBEITER/-IN, DIKE-KG).
- ALEXANDER ZÜRCHER, Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz, Diss. Basel, Zürich 1996.
- HENRI ZWAHLEN, Le contrat de droit administratif, ZSR 77 (1958) II, S. 461a–663a.

Responsabilité sociétale des entreprises en droit de la société anonyme: entre devoir des organes et nouvelle technique de réglementation

RASHID BAHAR*

* Professeur associé à l'Université de Genève, docteur en droit, avocat, LL.M.

Table des matières

A.	Introduction	272
B.	La société anonyme dans le pendule de l'Histoire	275
	I. Introduction	275
	II. L'intérêt social et la théorie de l' <i>Unternehmen an sich</i>	277
	1. La controverse entre Rolf Bär et Walter Schluep	277
	2. L'intérêt de social dans la jurisprudence du Tribunal fédéral	278
	III. Grandeur et décadence de la <i>shareholder value</i>	281
	IV. Stakeholders	284
	V. Synthèse: <i>Corporate social responsibility</i> comme juste milieu?	289
C.	Responsabilité sociétale des entreprises dans l'intérêt de la société	289
	I. Droit au dividende et responsabilité sociétale	289
	1. Le but lucratif comme point de départ	289
	2. La perspective à long terme: gestion durable	291
	3. Doing well by doing good	292
	4. Synthèse	293
	II. Responsabilité sociétale comme limite au but lucratif	294
	1. Devoir de respecter les lois	294
	2. Un comportement socialement responsable comme condition de la poursuite du but lucratif	295
	3. Un comportement socialement responsable comme limite à la poursuite du but lucratif	298
	4. Synthèse	299
	III. Rôle du conseil d'administration dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises	300
	1. Introduction	300
	2. But social et pouvoir de représentation	300
	3. Business judgment rule, une épée à deux tranchants	302
	4. Responsabilité civile des membres du conseil d'administration	305
	5. Synthèse	306
	IV. Rôle des investisseurs dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises	307
	1. Les actionnaires irresponsables?	307
	2. Investisseurs institutionnels	308
	3. Obligation d'exercer le droit de vote des investisseurs institutionnels	311
	4. Finance durable et investisseurs institutionnels	313
	5. Synthèse	314
	V. Transparence comme réponse au pouvoir d'appréciation	314
	1. Information volontaire	314
	a. Codes de conduite	315
	b. Rapports	315
	c. Absence de contrôle de l'information	316
	d. Sanctions: loi sur la concurrence déloyale et droit pénal	317
	2. Transparence obligatoire	318
	a. Développements internationaux	318
	b. Rapport annuel	320
	c. Droit boursier: une solution partielle	320
	3. Synthèse	322
	VI. Synthèse	323

D. Responsabilité sociétale des entreprises comme instrument d'action de l'Etat . . .	325
I. Introduction	325
1. Changement de perspective: l'Etat, promoteur de la responsabilité sociétale des entreprises	325
2. Révolution du gouvernement d'entreprise	327
3. La responsabilité sociétale des entreprises comme moyen d'action	329
II. Transparence sur les matières premières	332
III. Quotas féminins au sein des conseils d'administration et de la direction	335
IV. Respect des droits de l'homme et de l'environnement et Initiative sur les multinationales responsables	337
1. Principes internationaux	337
2. La mise en œuvre en Suisse: Plan d'action du Conseil fédéral de 2015	339
3. L'initiative sur les multinationales responsables	340
4. Contre-projet indirect	344
a. Rapport sur les questions non financières	345
b. Devoir de diligence et transparence en matière de minerais provenant de zone de conflits et de travail des enfants	346
c. Sanction pénale	348
V. Synthèse	348
E. Conclusion	351

A. Introduction

La Suisse compte 590 252 entreprises (en 2017). 99.9% d'entre elles sont des petites et moyennes entreprises. Cependant, les 1630 grandes entreprises occupent 1 446 350 emplois (en 2017), soit près du tiers des emplois en Suisse.¹ 230 sociétés suisses ont coté leurs titres de participation à la SIX Swiss Exchange AG² faisant appel au marché de capitaux afin de se financer. Les cinq plus grandes représentent plus de la moitié de la capitalisation boursière des actions suisses et génèrent un chiffre d'affaires de plusieurs dizaines de milliards de francs par année et emploient des centaines de milliers de personnes à travers le monde.³ A ce titre, leur importance économique est comparable à

1 Source: Statistique structurelle des entreprises STATENT, 22 août 2019 (<<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/structure-economie-entreprises/pme.html>>).

2 Source: SIX Swiss Exchange AG (<https://www.six-group.com/exchanges/indices/data_centre/shares/swiss_all_shares_en.html>). A ces sociétés s'ajoutent les sociétés immobilières et les sociétés d'investissement.

3 Par exemple, Nestlé SA, sur une base consolidée, réalise en 2019 un chiffre d'affaires de CHF 92.568 milliards et compte 291 000 employés (Nestlé SA, Rapport annuel 2019, (<<https://www.nestle.com/sites/default/files/2020-03/2019-annual-review-fr.pdf>>)). Novartis SA, sur une base consolidée, compte 108 775 emplois et réalise un chiffre d'affaires de USD 47.445 milliards (Novartis Annual Report 2019, (<<https://www.novartis.com/sites/www.novartis.com/files/novartis-annual-report-2019.pdf>>)). Roche Holding SA, sur une base consolidée, compte 97 735 employés et réalise un chiffre d'affaires de CHF 61.5 milliards (Roche Holding SA, Annual Report 2019, (<<https://www.roche.com/investors/annualreport19.htm#rd>>)). ABB SA réalise sur une base consolidée un chiffre d'affaires de CHF 27.662 milliards et environ 110 000 employés (ABB

celle d'Etats souverains. Elles occupent des ressources humaines à l'échelle de la population d'une ville de taille moyenne en Suisse. Leur impact sur les communautés et l'environnement avec lesquelles elles interagissent est considérable. Elles sont présentes dans le monde entier, ignorant dans une large mesure les frontières nationales. C'est pourquoi se pose la question de savoir quelle est la responsabilité des entreprises à l'égard de la société au sens large.

Dans cette optique, la *corporate social responsibility* ou la responsabilité sociétale des entreprises constitue l'ensemble des normes non contraignante visant à régir les devoirs des entreprises de contribuer à la protection de l'environnement et au bien-être de leurs employés ainsi que de veiller au bon fonctionnement de l'Etat, notamment en luttant contre la pollution, les fameux critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG). Ces principes font partie de la problématique plus large du développement durable:⁴ la responsabilité sociétale de l'entreprise vise à mettre les sociétés commerciales à contribution afin qu'elles s'engagent en vue d'une gestion durable et participent activement à la vie de la communauté à laquelle elles appartiennent.⁵ Toutefois et c'est là que réside leur caractéristique fondamentale, ces responsabilités vont au-delà du respect des obligations juridiques contraignantes,⁶ et font appel à l'éthique et à la morale.⁷ Elles sont aussi fondées sur des normes juridiques non contraignantes, la *soft law*.⁸

SA, ABB Group Annual 2019, (<<https://new.abb.com/investorrelations/calendar-events-and-publications/financial-results-and-presentations/quarterly-results-and-annual-reports>>).

- 4 La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1^{er} avril 2015 (<https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf>), p. 5: «*La RSE vise les effets des activités des entreprises sur la société et l'environnement, tout en tenant compte des intérêts des parties prenantes (actionnaires, employés, consommateurs, communautés locales, organisations non gouvernementales, etc.). La Confédération comprend la RSE comme une contribution des entreprises au développement durable. La RSE doit se déployer dans toutes leurs activités, en Suisse et à l'étranger.*» Voir aussi GIULIA NERI-CASTRACANE, Les règles de gouvernance comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise – réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale, Genève 2016, p. 55–57.
- 5 ANDREAS BOHRER, Corporate Social Responsibility: Chances, success factors, and new challenges of CSR, GesKR 2016, p. 273 ss, p. 273.
- 6 La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1^{er} avril 2015 (<https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf>), p. 6; voir aussi KARIN MÜLLER, Corporate Social Responsibility: Politisches Engagement von Unternehmen, ZSR Beiheft 54, Bâle 2017, p. 4; ROLF WATTER/TILL SPILLMANN, Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 2006, p. 94 ss, p. 96.
- 7 Voir BOHRER (note 5), p. 273; HOWARD R. BOWEN, Social Responsibilities of Businessmen, New York 1953, 6; URS SCHENKER, Corporate Social Responsibility, RSDA 2017, p. 635 ss, p. 636; WATTER/SPILLMANN (note 6), p. 100 s.
- 8 Voir BOHRER (note 5), p. 273; NERI-CASTRACANE (note 4), p. 18; BOWEN (note 7), ANNE MIRJAM SCHNEUWLY, Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht

Ce phénomène est complexe, car il se situe à la croisée de nombreux domaines. Il relève en partie du droit international: les Nations Unies⁹ et l'OCDE¹⁰ ont cherché à coordonner par ce biais la réglementation des entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales sont aussi intervenues afin de promouvoir leurs objectifs à l'échelle globale.¹¹ Il appartient aussi au droit national. La responsabilité sociétale des entreprises relève du droit des sociétés, vu qu'il s'agit de définir les devoirs des personnes morales et leurs organes, mais aussi des différents domaines du droit qu'elle vient compléter, le droit du travail, le droit de l'environnement ou encore le droit pénal.

Ce phénomène est juridique en ce sens qu'il cherche à imposer une obligation aux entreprises de respecter les intérêts des parties prenantes dans l'exercice de leur activité. En même temps, il transcende le droit, vu qu'il s'agit de créer un cadre afin d'assurer la mise en œuvre volontaire des principes non contraignants, tout en effaçant les frontières entre ces domaines.¹² Parfois, ces principes sont adoptés par des organisations internationales qui font appel à la bienveillance des États ou du secteur privé. Tantôt les initiatives émanent des États; tantôt, elles sont promues par des organisations non gouvernementales.¹³ Parfois encore, ce sont les entreprises elles-mêmes qui se soumettent à des codes de conduites formalisés.¹⁴ Le phénomène relève ainsi aussi du management ou de l'éthique puisque souvent la responsabilité sociétale des entreprises vient prendre le relai là où les obligations juridiques s'arrêtent,¹⁵ mais parfois le droit intervient afin d'attribuer une valeur normative à des pratiques, voire cherche à rendre contraignant ce qui n'est qu'une expectative éthique.

und Politik, Transnationale CSR-soft law im globalen Kontext, thèse Fribourg 2012, p. 100 ss.

- 9 NATIONS UNIES, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, A/HRC/17/31 (<<https://undocs.org/fr/A/HRC/17/31>>); NATIONS UNIES, Corporate Citizenship in The World Economy: UN Global Compact, January 2014, (<https://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/GC_brochure_FINAL.pdf>).
- 10 Voir OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011 (<<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>>).
- 11 Voir généralement ANNE-MARIE SLAUGHTER, A New World Order, Princeton N.J. 2004, p. 6 et ANNE-MARIE SLAUGHTER, The Chessboard and the Web: Strategies of Connection in a Networked World, New Haven 2017, *passim* et en particulier p. 167 ss.
- 12 MARC AMSTUTZ, The Evolution of Corporate Social Responsibility: Reflections on the Constitution of a Global Law for Multinational Enterprises, RSDA 2015, p. 189 ss, p. 190–191.
- 13 BOHRER (note 5), p. 274; PETER FORSTMOSER, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (éds), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 157 ss, p. 168; SCHENKER (note 7), p. 641.
- 14 BOHRER (note 5), p. 274. Voir plus généralement SCHNEUWLY (note 8), p. 43 ss pour une taxonomie et une revue de l'écologie des standards applicables dans le domaine.
- 15 Voir, à ce propos, AMSTUTZ (note 12), p. 189 ss.

Dans le cadre du présent rapport, je me concentre sur la place de la *corporate social responsibility* dans le droit des sociétés (anonymes) suisses. Je ne m'intéresse dès lors pas aux développements sur le plan international ou leur réception en droit national. Ainsi, je ne me penche pas généralement sur la responsabilité civile pour les violations des droits de l'homme. De même, je n'approfondirai pas les questions plus sectorielles des standards applicables en droit du travail ou en droit de l'environnement. Enfin, il ne s'agira pas pour moi de déterminer si la *corporate social responsibility* s'impose sur le plan de l'éthique ou de sa mise en œuvre dans le cadre de la gestion d'entreprises.

En lieu et place je me propose de développer une réflexion autour de deux questions: Premièrement, je commencerai par me pencher sur la question de savoir dans quelle mesure les sociétés commerciales doivent prendre en compte une dimension sociale et environnementale dans leur activité. Dans un second temps, je renverserai la question et me pencherai sur le recours à la responsabilité sociétale des entreprises en tant que mécanisme de mise en œuvre des politiques publiques, en illustrant la réflexion par trois questions: la transparence sur les versements aux gouvernements par les entreprises extractives, la question de la représentation des genres et enfin la question des droits de l'homme. Toutefois, avant d'approfondir ce sujet, il me semble important de lever un malentendu: la problématique de la responsabilité sociétale des entreprises n'est pas nouvelle.¹⁶ Au contraire, la société anonyme s'inscrit dans les vacillements de l'histoire.

B. La société anonyme dans le pendule de l'Histoire

I. Introduction

La société anonyme est une créature fascinante:¹⁷ comme toute société de droit privé, elle est le produit d'un contrat par lequel une ou plusieurs personnes, les actionnaires fondateurs, unissent leur effort dans un but commun.¹⁸ Dès sa fondation, elle bénéficie, cependant, de la personnalité morale et, à ce titre, jouit de

16 A titre anecdotique, la Compagnie des Indes orientales, une des premières sociétés anonymes, avait un caractère multinational et avait à sa disposition des forces navales et militaires considérables. Ce sont ses excès (et le désir de s'assurer une manne fiscale) qui ont justifié l'intervention du Royaume-Uni en Inde et ainsi joué un rôle déterminant dans l'avènement de l'Empire britannique. Voir notamment NIALL FERGUSON, *Empire: How Britain Made the Modern World*, New York 2003, p. 40–41; JOHN KEAY, *The Honorable Company: History of the English East India Company*, London 1991, p. 378–391.

17 Voir généralement JOHN MICKLETHWAIT/ADRIAN WOOLDRIDGE, *The Company: a Short History of a Revolutionary Idea*, New York 2003. Voir aussi COLLIN MAYER, *Firm Commitment*, Oxford 2013, p. 21–23.

18 Art. 530 al. 1 CO. Dans ce sens également, HANS CASPAR VON DER CRONE, *Aktienrecht*, Berne 2014, § 1 N 19.

tous les droits civils qui ne sont pas inséparables de la condition humaine.¹⁹ Cette personne morale s'émancipe de ses actionnaires pour plusieurs raisons:²⁰ elle est, sauf disposition contraire, fondée pour une durée indéterminée²¹ et, donc, en principe immortelle, tant que sa situation financière le lui permet²² et que ses actionnaires le souhaitent.²³ Ses liens avec ses actionnaires, en revanche, sont éphémères: ces derniers peuvent librement céder leurs actions²⁴ pour autant qu'ils trouvent un acheteur. Les actionnaires ne sont pas, juridiquement parlant, des propriétaires de la société anonyme; ils en sont les membres, les associés qui la forment, tout en étant distincts de celle-ci. Toutefois, contrairement aux associés d'autres sociétés, ils ne doivent rien à la société anonyme une fois qu'ils ont libéré le capital et versé le prix d'acquisition.²⁵ En particulier, ils ne lui doivent pas fidélité.²⁶ Par conséquent, la dichotomie entre la société anonyme et ses membres a pour corollaire que la société anonyme dispose d'un intérêt propre, distinct de celui de ses actionnaires.²⁷

19 Art. 53 CC.

20 Voir VON DER CRONE (note 18), § 1 N 19–20.

21 Art. 627 ch. 4 CO *a contrario*.

22 Voir l'art. 725 al. 2 CO et l'art. 736 ch. 2 CO

23 Voir l'art. 736 ch. 2 CO. Les actionnaires peuvent aussi demander la dissolution pour justes motifs art. 736 ch. 4 CO. Rappelons dans ce cadre que selon la jurisprudence, le manque de profitabilité d'une société constituée, si elle est durable, un motif justifiant la dissolution. ATF 126 III 260, c. 1c, 270.

24 Voir art. 683 CO sur les actions au porteur et l'art. 684 al. 1 CO pour les actions nominatives.

25 Art. 680 al. 1 CO.

26 Voir ATF 105 II 114, c. 7b, 128, ATF 91 II 298, c. 6a, 305; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.143/2003 du 14 octobre, c. 6; ZK-BAHAR/PEYER, in: Lukas Handschin (éd.), Zürcher Kommentar: Obligationenrecht, Art. 660–697m OR, 2^e éd., Zurich 2020, art. 680 N 38 et les références citées; PETER BÖCKLI., Schweizer Aktienrecht: mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung: unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4^e éd., Zurich, § 1 N 19 s.; PETER FORSTMOSER, Der Aktionärsbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (éds), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, p. 375 ss, p. 380; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 42 N 10 ss; BSK OR II-HANS-UELI VOGT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éds), Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5^e éd., Bâle 2016, commentaire *ad* art. 680 N 7, 9b; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Gesellschaftsrecht, 12^e éd., Berne 2018, § 3 N 25 s., § 16 N 208; CR CO II-JEAN LUC CHENAUX/ALEXANDRE GACHET, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 680 N 13.

27 Voir, p.ex., CR CO II-HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 717 N 4. Voir aussi RASHID BAHAR, Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions, thèse, Genève/Zurich 2004, p. 102; VON DER CRONE (note 18), § 4 N 242.

L'intérêt social se conçoit généralement à la lumière du but social. Or, la plupart des sociétés anonymes sont fondées dans un but lucratif,²⁸ c'est-à-dire utiliser à profit les ressources mises à disposition par les actionnaires et, en fin de compte, générer un bénéfice, qu'elles distribueront tôt ou tard aux actionnaires sous forme d'un dividende ou d'une part de liquidation.²⁹ Pour parvenir à ce but, elles exercent, en général, une activité commerciale décrite dans les statuts.³⁰ Jusqu'ici tout est clair. Cependant, dès qu'il s'agit de concrétiser la notion de l'intérêt social, les différences apparaissent et se multiplient. Cette controverse se comprend mieux dans une perspective historique.

II. L'intérêt social et la théorie de l'*Unternehmen an sich*

1. *La controverse entre Rolf Bär et Walter Schluemp*

En doctrine suisse de droit des sociétés,³¹ il est de bon ton de remonter à la controverse qui a opposé Rolf Bär et Walter Schluemp à la fin des années 1950 et au début des années 1960.³² Le premier proposait de concrétiser la définition de l'intérêt social à la lumière de la volonté d'un actionnaire typique, le caractère anonyme voire labile de l'actionnariat de la société excluant toute référence à la volonté des actionnaires actuels. Il était nécessaire de définir normativement la volonté des membres de la société anonyme pour en déduire celle de la société elle-même.³³ L'actionnaire typique de Rolf Bär était ainsi en quelque sorte le «bon actionnaire», qui n'était pas un spéculateur agissant à court terme, mais plutôt un investisseur qui cherchait à réaliser un profit à son investissement sur la durée.³⁴

En revanche, Walter Schluemp rejeta ce point de vue au motif que l'actionnaire typique n'existait pas.³⁵ Walter Schluemp avait adopté une autre conception se rattachant de plus près à l'activité de la société, en général, exploiter une

28 Art. 620 al. 3 CO. C'est à dessein que je n'examine pas la problématique des sociétés anonymes à but non lucratif ou à but hybride.

29 Art. 660/661 CO. Voir Bahar (note 27), p. 100.

30 Art. 620 al. 3 et art. 626 ch. 2 CO.

31 Aux Etats-Unis, une controverse similaire opposa Adolf A. Berle à E. Merrick Dodd. Voir ADOLF A. BERLE, *Corporate Powers as Powers in Trust*, 44 *Harvard Law Review* 1049 (1931) et E. MERRICK DODD, *For whom are Corporate Managers Trustee*, 45 *Harvard Law Review* 1145 (1932). En fin de compte, le point de vue de Dodd considérant que les dirigeants doivent agir dans l'intérêt commun des actionnaires l'emporta.

32 Voir sur cette controverse notamment FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 3, N 16–18; ZK-HOMBURGER, *Zürcher Kommentar*, Bd. V/5b, *Der Verwaltungsrat*, Art. 707–726 OR, 2^e éd., 1997, art. 717 N 774–778; HERBERT WOHLMANN, «Typischer Aktionär» und «Shareholder Value», in von Büren, Roland (éd.), *Festschrift für Rolf Bär*, Berne 1998, p. 415 ss.

33 ROLF BÄR, *Aktuelle Fragen des Aktienrechtes*, RDS 1966 II p. 322 ss, p. 514–515; *id.*, *Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft*, RJB 1959 p. 369 ss.

34 BÄR (note 33), p. 515.

35 WALTHER SCHLUEP, *Schutz des Aktionäres auf neuen Wegen*, SAS 1960/1961, p. 137 ss.

entreprise.³⁶ Il s'inscrivait ainsi dans la tradition du droit allemand qui se fondait sur les idées du chef d'entreprise et politicien allemand Walter Rathenau.³⁷ Walter Schlupe développa ainsi une théorie de l'intérêt social centrée sur l'entreprise, sans aller aussi loin que la doctrine de l'*Unternehmen an sich* du droit allemand, qui revient à couper les liens entre les actionnaires et la société anonyme et ainsi nier la nature sociale et corporative de la personne morale.³⁸ Il conceptualisa la société anonyme comme une personne morale dont l'intérêt résulte de la balance des intérêts divers qui composent l'entreprise: ceux des actionnaires, mais aussi ceux des créanciers, des travailleurs voire de la communauté et, plus largement, de l'économie nationale.³⁹ Ce point de vue se faisait l'écho d'une partie importante de la doctrine dont Weiss pour qui l'intérêt de la société correspond à l'intérêt de la grande communauté des actionnaires, des créanciers, dans une certaine mesure des travailleurs et employés et l'entreprise en tant qu'entité économique.⁴⁰

Cette seconde approche fut largement acceptée et reconnue en Suisse: le Tribunal fédéral en particulier refusa expressément le point de vue de Rolf Bär, pour considérer:

«Abzulehnen ist sodann die Auffassung BÄR's (...), das Interesse des Unternehmens dürfe bei der Lösung gesellschaftsinterner Interessengegensätze nicht berücksichtigt werden (...). Das Gesetz ermächtigt die Mehrheit ausdrücklich, das Unternehmensinteresse gegen die widerstrebende Minderheit zu berücksichtigen (...). Hingegen kennt es keinen typischen Aktionär im Sinne BÄR's, weil es die Motive der Kapitalbeteiligung nicht normieren kann.»⁴¹

2. *L'intérêt de social dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*

En réalité, comme le note Forstmoser,⁴² cette jurisprudence n'était pas surprenante. Elle s'inscrivait au contraire dans une longue tradition en droit des sociétés: en 1933, le Tribunal fédéral, se basant sur un arrêt rendu sous le droit de 1881 notait déjà:

36 Voir WALTHER SCHLUEP, Die wohlverordneten Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweiz. Recht, thèse St-Gall 1955, p. 400 ss.

37 WALTHER RATHENAU, Vom Aktienwesen – eine geschäftliche Betrachtung, Leipzig 1917, p. 38.

38 Voir aussi FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 3, N 27, pour qui une société anonyme coupée de ses actionnaires revient à la faillite de la notion de la société anonyme en tant que société.

39 SCHLUEP (note 36), p. 401–402.

40 GOTTFRIED WEISS, Zum Schweizerischen Aktienrecht, Berne 1968, N 153. Voir aussi ZK-SIEGWART, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. V, 5, Zurich 1945, Einleitung, N 215.

41 ATF 95 II 157, c. 9b, 164 (citations omises).

42 PETER FORSTMOSER, Profit – das Mass aller Dinge, in: Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann (éds), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zurich 2006, p. 55 ss. Voir aussi FORSTMOSER, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?, in: Rainer Maria Kiesow/Regina Ogorek/Spiro Simitis (éds), Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2005, p. 207 ss, p. 226.

«la tendance qui se manifeste actuellement dans l'évolution du droit en matière de sociétés anonymes: on vise à protéger non seulement les intérêts des créanciers et des actionnaires, mais encore, et surtout, ceux des entreprises elles-mêmes (...); toutes choses inspirées par l'idée que la prospérité de l'entreprise est la meilleure sauvegarde des intérêts des sociétaires eux-mêmes.»⁴³

Cette jurisprudence n'est pas restée isolée: en 1974, le Tribunal fédéral a ainsi aussi reconnu s'agissant du droit à la poursuite d'un but lucratif que:

«Nach Art. 646 und 660 OR hat der Aktionär ein wohlverworfenes Recht auf Anteil am Reingewinn. Er hat demnach Anspruch darauf, dass die Gesellschaft sich bestrebt, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln Gewinne zu erzielen. Dieses Recht des Aktionärs wird indessen durch das weitgehende Ermessen der Gesellschaft, welche neben der Gewinnerzielung auch andere Interessen (z.B. Existenzsicherung der Arbeitnehmer, Investitionen) wahrzunehmen hat, eingeschränkt. Der einzelne Aktionär muss sich demnach damit abfinden, dass die Gesellschaft (nach dem Willen der Mehrheit der Aktionäre) aus sachlichen Gründen eine Gesellschaftspolitik betreibt, die nur auf lange Sicht gewinnbringend ist.»⁴⁴

Il est intéressant de voir cependant l'évolution de l'interprétation de cette notion. Dans un premier temps, les parties prenantes sont avant tout les créanciers, puis viennent s'y ajouter les travailleurs. Leurs intérêts doivent aussi être pris en compte dans la balance qui conduit à la détermination de l'intérêt social.

Dans un l'arrêt *Togal AG contre Schmid*, le Tribunal fédéral nota que l'intérêt des actionnaires minoritaires à la protection par une action en dissolution pour justes motifs devait être mis en balance avec l'intérêt à la poursuite de l'exploitation et que dans ce contexte les conséquences économiques et sociales d'une dissolution, y compris sur les intérêts de tiers et en particulier des travailleurs devraient être pris en compte, avec pour conséquence que la dissolution d'une grande société publique devrait être exclue en pratique.⁴⁵

Cette priorité sur l'intérêt de l'entreprise et des parties prenantes atteint son paroxysme dans l'arrêt du 24 avril 1990, *Schmid AG Gattikon contre WSI Wollspinnerei Interlaken AG und Kammgarnspinnerei Interlaken AG* où le Tribunal fédéral considéra, s'agissant d'une société proche de la faillite, que même la poursuite du but social atteint ses limites:

43 ATF 59 II 44, 48. Voir aussi ATF 51 II 412, c. 3, 427 «Er folgt damit der Entwicklungstendenz des modernen Aktienrechts, die nicht einseitig nur auf Schutz der Interessen der Aktionäre und Gläubiger, sondern vor allem auch auf Schutz der Aktienunternehmung selber geht, im Sinne der Erleichterung ihrer Bildung, Sicherung ihres Bestandes, Gewährleistung ihrer Bewegungsfreiheit und Existenz in schweren Zeiten, indem Mittel und Wege zur Erhaltung oder Wiedergewinnung der Leistungsfähigkeit zur Verfügung gestellt werden, was alles mit auf dem Gedanken beruht, dass mit dem Gedeihen der Unternehmung auch die Interessen der Mitglieder am besten gewahrt sind.»

44 ATF 100 II 384, c. 4, 393.

45 ATF 105 II 114, c. 7c, 128–129.

«Besondere Umstände können jedoch eine andere Betrachtungsweise rechtfertigen. Die Beschränkung der Vertretungsmacht auf Rechtshandlungen, die der Verfolgung des Gesellschaftszwecks dienen können, kann dann nicht mehr massgebend sein, wenn dieser zufolge Konkursreife der Gesellschaft ohnehin nicht mehr zu erreichen ist. Diesfalls muss es zulässig sein, die Vertretungsmacht an anderen Kriterien zu orientieren, insbesondere an den Interessen der Beschäftigten und der übrigen Gläubiger sowie am Allgemeinwohl.»⁴⁶

Nous voyons ainsi que non seulement l'intérêt des employés, mais aussi ceux des autres créanciers et même l'intérêt commun doivent être considérés, dans ces conditions certes extrêmes.

En 2000, le Tribunal fédéral plaça toutefois les actionnaires au centre du droit des sociétés, sans remettre en compte l'importance de la pesée d'intérêts:

«Le critère décisif réside bien plutôt dans le point de savoir si le maintien de la société peut être imposé, objectivement et raisonnablement, aux actionnaires minoritaires. Tel ne sera pas le cas, suivant les circonstances, lorsque le but de la société – qu'il s'agisse de l'activité commerciale en tant que telle ou de la réalisation de bénéfices – ne peut plus être atteint (...). Il pourra en aller de même dans le cas d'une mauvaise gestion durable, entraînant progressivement la ruine de la société.»⁴⁷

Plus récemment, en 2012, dans le cadre de l'action en dissolution pour défaut d'organisation de l'art. 731b CO, il considéra que le fait que les intérêts de *stakeholders* et du public plus généralement soient en jeu a pour effet de retirer la procédure de la disposition des parties et de la transformer en une procédure que le juge doit mener d'office:

«Die Behebung von Organisationsmängeln steht im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs und kann die Interessen von Anspruchsgruppen (Stakeholder) berühren, die sich am Verfahren nach Art. 731b OR nicht beteiligen (Arbeitnehmer, Gläubiger, Aktionäre). Aufgrund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit ist der Richter an spezifizierte Anträge der Parteien nicht gebunden.»⁴⁸

Il y a dans cette tradition jurisprudentielle une certaine constante: l'intérêt de la société est certes compris comme l'intérêt à long terme de ses membres, les actionnaires, mais il passe nécessairement par l'entreprise comprise dans sa globalité: d'abord, une communauté d'actionnaires et de créanciers, puis s'y ajouteront les travailleurs reconnus comme catégorie particulière, et enfin même la communauté. Il faut toutefois souligner que cette jurisprudence se penche sur les conflits entre actionnaires majoritaires et minoritaires ou encore entre organes dirigeants et actionnaires: les actionnaires minoritaires passent ainsi au

46 ATF 116 II 320, c. 3, 323.

47 ATF 126 III 266, c. 1c), 270.

48 ATF 138 III 407, c. 2.3, 408–409.

second rang si les intérêts de l'entreprise, qui peut comprendre ceux des autres parties prenantes, le justifient.⁴⁹

III. Grandeur et décadence de la *shareholder value*

Si la jurisprudence suisse a fait preuve de constance, il n'en va pas de même de la doctrine. La lecture sociologique de la société anonyme fondée sur l'entreprise, qui constitue une communauté sociale, a été remise en question par une vision plus économique du phénomène qui a pris son essor dès le début des années 1970 avant d'être intégrée dans l'interprétation du droit des sociétés au cours des deux décennies suivantes.

Outre-Atlantique, Milton Friedman avait esquissé dans un article du *New York Times* une vision de la société anonyme centrée sur les actionnaires.⁵⁰ Selon l'économiste américain, le but d'une société anonyme et, plus généralement, son rôle social est de maximiser ses bénéfices afin de les distribuer tôt ou tard aux actionnaires. L'intérêt des autres parties prenantes ne devrait ainsi pas être pris en compte par la société anonyme et ses organes, mais par le législateur ou des instruments contractuels.

L'argument de Milton Friedman se fonde sur deux courants de pensée: le premier se fonde sur la logique économique, qui remonte à Adam Smith, selon laquelle l'intérêt public est mieux servi par la poursuite de l'intérêt individuel, par la logique de la main invisible du marché.

«It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own self-interest. We address ourselves not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities, but of their advantages».⁵¹

Cette vision n'est pas seulement de nature économique, mais revêt une dimension morale. Adam Smith s'était inspiré de Bernard Mandeville, lequel avait argumenté, dans sa fable des abeilles, que des vices privés contribuaient à la vertu

49 Comp. *Dodge v. Ford Motor Company*, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (Mich. 1919) qui est souvent cité comme l'exemple de la *shareholder value* aux USA: le frères Dodge actionnaires minoritaires de Ford s'étaient plaints que la société ne distribuait pas suffisamment de dividende. Ford argua que le but de l'exercice était de prendre en compte l'intérêt des travailleurs à conserver leur place de travail. Le Tribunal donne tort à ce dernier. Cette jurisprudence n'est de loin pas acceptée unanimement même aux Etats-Unis. Voir *Shlensky v Wrigley*, 237 NE 2d 776 (Ill. Ap. 1968) considérant que le président du Conseil d'administration des *Chicago Cubs* pouvait refuser d'installer un éclairage afin de permettre des matchs de se dérouler en soirée, car c'était contraire à l'esprit du sport et son impact sur le voisinage. Le tribunal lui donna raison et rejeta l'action d'un minoritaire se plaignant que cela réduirait la profitabilité de la société.

50 MILTON FRIEDMANN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *New York Times Magazine*, 13 septembre 1970, p. 33.

51 ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, p. 27. Voir ROLAND BÉNABOU/JEAN TIROLE, *Individual and Corporate Social Responsibility*, *Economica* (2010) 77, p. 1 ss.

publique.⁵² En d'autres termes, poursuivre un but lucratif revient à mettre les ressources à leur meilleure utilisation possible et ainsi indirectement au bien-être de la société au sens large. Dans sa version économique contemporaine, la théorie de la main invisible n'a toutefois pas une valeur normative, mais une portée descriptive: en agrégeant l'offre et la demande d'acteurs individuels cherchant à maximiser leur utilité, le marché permet d'atteindre une allocation optimale des ressources. Cette logique connaît ses limites dans le problème des externalités et des lacunes de marchés, qu'il convient de résoudre par d'autres outils, la réglementation et les normes éthiques.⁵³

La seconde, plus intéressante pour le droit des sociétés, se penche sur le rôle du conseil d'administration et des dirigeants d'une société anonyme, en tant que mandataire. Cette approche a une nature fortement prescriptive et s'inscrit dans le cadre théorique de la relation *agent-principal* de Jensen-Meckling. Dans cette optique, la société anonyme n'a pas d'existence propre. Il s'agit d'un réseau de contrats (*nexus of contracts*) entre les différentes parties prenantes auquel le droit par simplification reconnaît la personnalité juridique avec ses attributs typiques, notamment la responsabilité limitée des actionnaires et la capacité civile.⁵⁴ Partant de ce fondement théorique, deux conclusions s'imposent: premièrement, aucune partie prenante n'a *a priori* un intérêt prédominant; il existe au contraire une multitude de relations complexes entre cette fiction juridique, les fournisseurs de travail, matériaux et de capital ainsi que des consommateurs des produits. Deuxièmement, la société – simple réseau de contrats – n'a pas d'intérêt propre ni de responsabilité sociétale.⁵⁵

«The private corporation or firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships and which is also characterized by the existence of divisible residual claims on the assets and cash flows of the organization which can generally be sold without permission of the other contracting individuals.»

Cependant, la théorie de l'*agent-principal*, tout comme celle de droits de propriété⁵⁶ qui l'a suivie, voit une distinction importante entre les créanciers résiduels et les autres parties prenantes: les prétentions des créanciers (volontaires), des travailleurs, des fournisseurs et des clients sont définies par le contrat qui

52 Voir généralement BERNARD MANDEVILLE, *The Fable of Bees: or Private Vices Publick Benefits*, 1714. Plus encore, Pierre Nicole, le théologien de l'école de Port-Royal voyait la poursuite de l'amour-propre comme le fondement de la société civile, alors que la condition humaine empêche de percevoir la volonté divine et connaître l'amour de Dieu. PIERRE NICOLE, *Essais de morale* (1671–1678), Paris, p. 182.

53 Voir notamment MICHAEL C. JENSEN, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, *Business Ethics Quarterly*, 12 (2002), p. 235 ss, p. 239. Voir aussi WALTER/SPILLMANN (note 6), p. 96 ss qui expliquent par ce biais la *corporate social responsibility*.

54 MICHAEL C. JENSEN/WILLIAM H. MECKLING, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost and ownership structure*, *Journal of Financial Economics* 3 (1976), p. 305 ss, p. 310–311.

55 *Ibid.* p. 311.

56 Voir OLIVER HART, *Firms, Contracts, and Financial Structure*, Oxford/New York 1995.

les lie à la société. Les victimes d'actes illicites, l'environnement et le fisc sont protégés par la loi qui définit les attentes de l'Etat nourrit face aux acteurs économiques. Seuls les actionnaires ne sont pas au bénéfice d'une prétention déterminée, mais uniquement de l'expectative de recevoir un dividende si la société réalise des bénéfices et décide de les distribuer.⁵⁷ A ce titre, ils ont la qualité de «créancier résiduel» (*residual claimant*): ils ont le droit de percevoir ce qui reste après que la société se soit acquittée de ses obligations envers les autres parties prenantes⁵⁸ et, même là, il ne s'agit pas d'un véritable droit, mais plutôt d'une expectative.

Sur la base de ces deux prémisses, les partisans de cette théorie font un constat important: vu la nature résiduelle de leur prétention, avant de pouvoir répondre aux intérêts des actionnaires, il faut que les créances à l'égard des autres parties prenantes soient satisfaites. Par conséquent, il faut confier le contrôle sur l'entreprise aux actionnaires. Certes, ils poursuivront leur propre intérêt, mais pour ce faire ils devront d'abord s'assurer que toutes les prétentions fixes des autres parties prenantes sont satisfaites.⁵⁹ A défaut de pouvoir eux-mêmes diriger l'entreprise (faute de temps ou d'expertise), les actionnaires doivent au moins pouvoir nommer les dirigeants, qui, à leur tour, doivent avoir pour devoir de maximiser l'intérêt des actionnaires. Dès lors, il suffit de maximiser la valeur des prétentions des actionnaires afin de répondre au mieux aux intérêts de toutes les parties prenantes.⁶⁰ Attribuer aux dirigeants un objectif clair permet ainsi de leur donner un critère de décision et de vérifier dans quelle mesure leurs actes répondent à leur mission.⁶¹

Inspirée de la théorie financière, la théorie du *nexus of contracts* a été intégrée dans les théories managériales d'Alfred Rappaport sous le titre de *shareholder value*,⁶² qui fut ensuite reçue en Suisse pendant les années 1990 et 2000.⁶³

57 Voir en droit suisse les art. 660 CO et l'art. 675 CO.

58 Voir ARMEN A. ALCHIAN/HAROLD DEMSETZ, Production, Information Costs, and Economic Organization, *American Economic Review*, 62 (1972), p. 777, 782–783 et p. 788–789; EUGENE F. FAMA, Agency Problems and the Theory of the Firm, *Journal of Political Economy*, 88 (1980), p. 288 ss.

59 Voir FRANK H. EASTERBROOK/DANIEL R. FISCHEL, The Economic Structure of Corporate Law, p. 63 et 67; FRANK H. EASTERBROOK/DANIEL R. FISCHEL, *Voting in Corporate Law*, *Journal of Law and Economics* 26 (1983), 395.

60 Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law and Economics*, 2002; 419–429; Robert Charles Clark, *Corporate Law* New York 1986, p. 17–19, 677–81; Kraakman Reinier/Armour John/Davies Paul/Enriques Luca/Hansmann Henry/Hertig Gerard/Hopt Klaus/Kanda Hideki/Pargendler Marianna/Ringe Wolf-Georg/Rock Edward, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3^e éd. Oxford 2017, p. 23–24.

61 JENSEN (note 53), p. 238.

62 Voir ALFRED RAPPAPORT, *Creating Shareholder Value: a Guide for managers and Investors*, New York 1986 (réédité en 1997).

63 Voir, p.ex. BSK OR II-ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, in: *Basler Kommentar – Obligationenrecht II*, 5^e éd., Bâle 2016, commentaire de l'art. 717 N 16; WOHLMANN (note 32), p. 418. Voir aussi, plus nuancé, ZK-HOMBURGER (note 32), art. 717 CO N 782–784.

Dans ce contexte, il faut comprendre que ce mouvement – aux Etats-Unis, en Angleterre et en Suisse du moins – ne visait pas tant à réagir à une prise en compte excessive des intérêts des parties prenantes que marquer une limite au pouvoir des dirigeants sociaux: la montée en puissance de la théorie de la *shareholder value* a en effet accompagné le passage d'un capitalisme managérial à un capitalisme financier où les investisseurs financiers ont commencé à revendiquer une place plus importante face aux *managers* qui dominaient sans opposition les grandes sociétés à l'actionnariat dispersé. La *shareholder value* constituait dans cette approche un moyen simple de mesurer la qualité du management afin d'encourager les dirigeants à faire preuve de plus de dynamisme dans la gestion d'entreprise. Par ce biais, elle est devenue une théorie normative de l'entreprise et de la fonction économique des dirigeants.

Cette vision de l'entreprise fondée sur l'actionnaire et ses intérêts s'est graduellement intégrée dans l'interprétation du droit positif suisse sans toutefois être ancrée dans la loi. C'est ainsi que, en 2002, sans aucun doute à l'apogée de ce mouvement, que le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise prévoit:

«Le gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes qui, tout en maintenant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise, dans l'intérêt des actionnaires, la transparence et un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle.»⁶⁴

Les actionnaires et leur intérêt, dès lors, figurent au centre du gouvernement d'entreprise: le but du droit des sociétés consiste à veiller à ce que l'entreprise serve au mieux l'intérêt des actionnaires en conjuguant efficacité dans la prise de décision et contrôle de leur bien fondé. Le problème était ainsi résolu. A la fin du XX^e siècle, l'histoire était parvenue à sa fin.⁶⁵

IV. Stakeholders

Cette vision a toutefois été remise en cause au début du nouveau millénaire: la fin de la bulle dot.com, les scandales financiers qui l'ont accompagnée, Enron et WorldCom pour mentionner les deux épisodes les plus marquants de cette époque à l'échelle internationale, puis la crise financière de 2007–2008 – tout comme, à l'échelle nationale, la déconfiture de SAirGroup en 2001 et le sauvetage d'UBS en 2009 – ont mis en évidence les abus commis au nom de la *shareholder value*: les plans de rémunération censés inciter les dirigeants à mieux prendre en compte l'intérêt des actionnaires avaient ainsi souvent créé

64 ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprises, 2002, préambule.

65 HENRY HANSMANN/REINEER KRAAKMAN, The End of History for Corporate Law, Georgetown University Law Review 89 (2000), p. 439 ss.

de fausses incitations poussant les dirigeants à maximiser le court terme au détriment du long terme, voire à se livrer à des manipulations comptables ou financières.⁶⁶ C'est ainsi que l'on a observé graduellement un retour de pendule vers une vision plus centrée sur l'entreprise et les *stakeholders*, que ce soit les employés, les clients, les fournisseurs ou plus généralement l'environnement.

Théoriquement, le modèle du créancier résiduel est incomplet: les actionnaires ne sont pas toujours les créanciers résiduels, même dans une vision purement financière du rapport entre actionnaires et créanciers. Dans une société surendettée, les créanciers ordinaires prennent de fait leur place: les actionnaires ont déjà perdu leur mise et ce sont désormais les créanciers chirographaires de troisième rang qui seront satisfaits dans la mesure où les actifs le permettent. De plus, contrairement aux modèles à deux voire trois temps utilisés pour conceptualiser le fonctionnement du problème de principal-agent,⁶⁷ les actionnaires, dans la vraie vie, ne doivent pas attendre la fin du jeu avant de percevoir leur dividende. Ils peuvent retirer un dividende en cours de route, vendre leurs actions le cas échéant à la société elle-même, avant que tous les autres créanciers ne soient désintéressés.⁶⁸ Or, si les actionnaires peuvent retirer une partie des avoirs de la société avant que tous les créanciers ne soient désintéressés, ce ne sont plus de «purs» créanciers résiduels. Certes, le droit des sociétés instaure des garde-fous,⁶⁹ mais ces instruments sont nécessairement imparfaits.

Enfin, la conception du droit utilisée par les théories financières est trop simplificatrice pour être utile dans le débat concernant les autres parties prenantes.⁷⁰ Poussée à l'extrême, elle pousse la société anonyme et ses organes à se comporter comme un psychopathe qui n'a aucune considération sur le bien être d'autrui.⁷¹ Même sous une forme plus nuancée, la *shareholder value* a une valeur prescriptive limitée: d'une part, de nombreuses parties prenantes font un

66 Le lecteur attentif notera que l'article 95 al. 3 Cst. adopté en votation populaire le 3 mars 2013 vise à protéger: «l'économie, la propriété privée et les actionnaires» et «assurer une gestion d'entreprise durable».

67 Les modèles typiques comptent deux ou trois temps. Au temps t_0 , les créanciers et les actionnaires peuvent investir ou non dans la société. Au temps t_1 , les actionnaires peuvent déterminer l'intensité de leur effort. Ce choix n'est pas directement observable ou vérifiable. Le caractère en partie aléatoire de la performance d'une entreprise rend impossible de déduire du seul résultat de l'entreprise l'intensité de l'effort. Au temps t_2 , les créanciers sont remboursés en principal et intérêt, si la société a les moyens pour le faire et le solde est versé aux actionnaires.

68 Il suffit en droit suisse que la société présente un bilan bénéficiaire pour que ce bénéfice au bilan puisse être, après attribution aux réserves distribuées aux actionnaires sous forme de dividende (art. 675 CO). Dès ce moment, le dividende devient un droit de créance et est retiré de la mainmise des créanciers en cas de faillite subséquente.

69 On pense ainsi à l'obligation de constituer des réserves de l'art. 671 CO ou encore aux obligations en cas de perte de capital et de surendettement de l'art. 725 CO.

70 Voir ZK-CHRISTOPH BÜHLER, in: Lukas Handschin (éd.) Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726, Art. 731b OR, Zürich 2018, vor Art. 707–726, N 68.

71 Voir JOEL BAKAN, *The Corporation*, 2003.

investissement conséquent propre à la société qui n'est pas protégé par un droit de créance.⁷² D'autre part, les créanciers, les travailleurs, l'environnement ne sont pas exclusivement protégés par des règles de droit «dur». Le législateur – si tant est qu'il soit correct de parler du législateur au singulier – ne définit pas les règles du jeu de façon absolue, mais est un acteur comme un autre. Il intervient s'il constate que les particuliers ne peuvent pas résoudre le problème seuls. Si le comportement des sociétés anonymes ne rend pas nécessaire une intervention de l'Etat, ce dernier n'interviendra pas.⁷³ Par conséquent, en faisant plus que le minimum légal, les entreprises peuvent aussi éviter l'intervention plus invasive du législateur dans le futur.⁷⁴ Ainsi, la *shareholder value* est au mieux une approche simplificatrice et au pire – dans le contexte des sociétés en difficultés en particulier – une approche économiquement erronée, puisque dans ces circonstances les créanciers sont les créanciers résiduels.

C'est pourquoi plutôt qu'une approche fondée exclusivement sur les actionnaires, une approche fondée sur la création de valeur par l'entreprise⁷⁵ ou une vision qui prendrait en compte aussi l'impact sur les autres *stakeholders* sont venues prendre le relai.⁷⁶ Les théoriciens du management vont plus loin et proposent l'approche multifactorielle du *balanced scorecard*,⁷⁷ du *triple bottom line*,⁷⁸ ou encore de *shared value*.⁷⁹

72 Voir dans cette optique, MARGARET M. BLAIR, *Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century*, Washington D.C. 1995, *passim*. Voir aussi HENRY HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge 1997, *passim*, qui propose une théorie plus nuancée de l'attribution de droit de propriété en fonction de la nature de l'investissement et de la protection par le marché.

73 Pour deux exemples négatifs de ce phénomène, voir FEDERICA DE ROSSA GISSIMONDO/FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER, *Réflexions sur l'usage stratégique du droit des sociétés et les quotas de genre dans les organes dirigeants*, in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri Cast-racane (éds), *Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019*, p. 345 ss, p. 348 ss.

74 DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 349.

75 Voir DANIEL HÄUSERMANN, *Corporate Social Responsibility (CSR) und Aktienrecht*, GesKR 2017, p. 495 ss, p. 498, qui propose d'avoir recours à la *total enterprise value* afin de répondre au problème de conflits entre actionnaires et créanciers et de tensions entre le court et le long terme.

76 Voir EDWARD R. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston 1984.

77 Voir ROBERT S. KAPLAN/DAVID P. NORTON, *The Balanced Scorecard—Measures that Drive Performance*, *Harvard Business Review*, January-February 1992 (<<https://hbr.org/1992/01/the-balanced-scorecard-measures-that-drive-performance-2>>).

78 Voir JOHN ELKINGTON, *Cannibals With Forks – The Triple-Bottom Line of the 21st Century Business*, Oxford 1997, p. 2; *Triple Bottom line*, *The Economist*, 17 novembre 2009 (<<https://www.economist.com/news/2009/11/17/triple-bottom-line>>). Voir aussi JOHN ELKINGTON, *25 Years Ago I Coined the Phrase «Triple Bottom Line.» Here's Why It's Time to Rethink It*, *Harvard Business Review*, 25 juin 2018 (<<https://hbr.org/2018/06/25-years-ago-i-coined-the-phrase-triple-bottom-line-heres-why-im-giving-up-on-it>>).

79 MICHAEL E. PORTER/MARK R. KRAMER, *Creating Shared Value*, *Harvard Business Review*, January-February 2011 (<<https://hbr.org/2011/01/the-big-idea-creating-shared-value>>).

Aujourd'hui, nous sommes revenus vers une vision de l'intérêt social plus centrée sur l'entreprise et ses parties prenantes.⁸⁰ Dans ce contexte, d'autres Etats ont modifié leur législation. Par exemple, au Royaume-Uni, le droit des sociétés précise:⁸¹

«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. «

En Suisse, le code des obligations n'a pas changé,⁸² mais le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise a été revu en 2014 et considère désormais que le

«gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes axés sur la poursuite d'intérêts durables des entreprises qui, tout en sauvegardant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise la transparence et un rapport équilibré entre direction et contrôle.»⁸³

Certaines sociétés ont même modifié leurs statuts dans ce sens afin d'y ancrer la notion de durabilité de leur poursuite d'un but lucratif. Les exemples sont rares, mais pas des moindres: il en va ainsi de Nestlé SA, Novartis SA, Alcon SA ou

80 Voir FORSTMOSER (note 13), Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (éds), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 157 ss; NERI-CASTRACANE (note 4) p. 224–225; HENRY PETER/GUILLAUME JACQUEMET, Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance, RSDA 2015, p. 179.

81 Section 172 du UK Companies Act 2006.

82 La révision du droit de la société anonyme n'y changera d'ailleurs rien. SCHENKER (note 7), p. 646. Voir cependant l'art. 1 al. 2 LFus, qui précise qu'elle «garantit la sécurité du droit et la transparence tout en protégeant les créanciers, les travailleurs et les personnes disposant de participations minoritaires» et l'art. 95 al. 3 Cst. qui a été introduit «en vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable».

83 ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprises, 2014, préambule. Voir FORSTMOSER (note 13), p. 157 ss; THOMAS JUTZI, Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht, Recht 2017, p. 251 ss, p. 265; NERI-CASTRACANE (note 4), p. 224–225; PETER/JACQUEMET (note 79) p. 179.

ABB SA.⁸⁴ Il s'agit là d'une illustration de la discrétion dont disposent les sociétés anonymes afin de définir leur but statutaire.⁸⁵

L'entreprise, ses intérêts durables et les parties prenantes sont désormais de nouveau au centre du droit des sociétés.⁸⁶ Les actionnaires ne sont plus mentionnés.⁸⁷ Cette vision va, à mon avis, trop loin:⁸⁸ Est-ce que la société anonyme a encore sa nature corporative ou est-elle devenue un établissement, comme s'interroge Druey?⁸⁹ Est-ce que l'histoire a donné raison à l'aphorisme du banquier allemand du XIX^e siècle Carl Fürstenberg: «*Aktionäre sind dumm und frech: Dumm, weil sie Aktien kaufen, und frech, weil sie dann auch noch Dividende haben wollen.*»

La conclusion serait trop hâtive: le droit de la société anonyme continue à donner aux actionnaires le rôle prépondérant. Ce sont les seules parties prenantes à élire les organes⁹⁰ et à avoir des droits⁹¹ qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre de l'assemblée générale.⁹² Les autres parties prenantes, créanciers, travailleurs ou fournisseurs, n'ont pas de moyen d'influencer la formation de la volonté sociale et leurs droits d'action sont limités.⁹³ La communauté au sens large a, bien entendu, son mot à dire, mais le processus juridique est législatif ou réglementaire, et n'appartient pas au droit de la société.

84 Voir les statuts de Nestlé SA, Novartis SA, ABB SA, Alcon SA. Voir HÄUSERMANN (note 75), p. 497.

85 HÄUSERMANN (note 75), p. 496; DANIEL HÄUSERMANN, *Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft*, Habil. St-Gall, Zurich 2015, p. 200.

86 Voir CHRISTOPH BÜHLER, *Ausserrechtliche Regulierungstendenzen in der Corporate Governance: Empfehlungen der Stimmrechtsberater, Best Practice und Vorwirkung der Aktienrechtsrevision*, EF 2016, p. 12 ss, p. 15. DAVID FRICK, *Der neue Swiss Code of Best Practice*, GesKR 2014, p. 430 ss, 435; DAVID FRICK, *Corporate Governance heute — Revision des Swiss Code of Best Practice*, RSJ 2012, p. 233 ss, p. 236.

87 Voir FRICK (note 84a) 2014, p. 430 ss, 435; FRICK (note 84b), p. 236.

88 Voir aussi, notamment, PETER BÖCKLI, *Corporate Governance: Erfolg und Versagen einer Leitidee: Eine Standortbestimmung nach zwölf Jahren «Swiss Code»*, EF 2016, p. 349 ss, p. 350.

89 JEAN-NICOLAS DRUEY, *Aktienrecht als «Lebenslüge» — eine gesellschaftsrechtliche Meditation*, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (éds), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts*, Zurich 2017, p. 21 ss, p. 30 ss. La société anonyme a-t-elle fait faillite? Voir FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 3, N 27

90 Voir art. 698 al. 2 ch. 2 CO.

91 Art. 660 ss. CO

92 Art. 706 al. 1 CO.

93 La principale voie de droit à disposition des créanciers est l'action en responsabilité contre les organes de gestion et les réviseurs (art. 754 et 755 CO). Cette action est cependant limitée aux dommages directs subis par les créanciers. L'action pour la réparation du dommage indirect n'est ouverte qu'en cas de faillite (art. 757 CO). Par ailleurs, un créancier peut, théoriquement, intenter l'action de l'art. 731b CO. Son intérêt à intenter cette action est toutefois limitée. Voir notamment CHRISTOPH BÜHLER, *Regulierung im Bereich der Corporate Governance*, Zurich 2009, N 503.

V. Synthèse: *Corporate social responsibility* comme juste milieu?

Si on prend un peu de recul, la controverse *shareholder value* contre *stakeholder value* est une variante de la controverse philosophique entre la vision contractuelle et communautaire de la société ou, encore, de la tension entre société et communauté (*Gesellschaft und Gemeinschaft*) mise en évidence par le sociologue allemand du XIX^e siècle *Ferdinand Tönnies*. La vision théorique du *nexus of contracts* représente une vision contractuelle et formalisée de la société alors que celle de l'*Unternehmen an sich* saisit l'entreprise dans sa dimension communautaire plus souple. Plutôt qu'une dialectique, il convient de trouver un juste milieu entre ces deux approches qui se complètent.⁹⁴

Dans ce contexte, la *corporate social responsibility* offre une réponse plus nuancée à la controverse *shareholder* contre *stakeholders*: elle maintient la société anonyme au centre de la problématique et ne nie pas sa nature corporative, c'est-à-dire une union personnelle dotée de la personnalité morale qui doit son existence à la volonté de ses membres, les actionnaires. Elle reconnaît aussi la fonction centrale des sociétés commerciales: il s'agit pour elle d'exercer une activité productive en vue de générer un bénéfice. En même temps, elle reconnaît que cette personne morale a une responsabilité à l'égard de la société au sens large qui va au-delà de la maximisation du profit dans le strict respect des prescriptions légales. Elle l'invite à s'engager – comme un citoyen ou être humain le ferait – au service de valeurs qui vont au-delà de leur intérêt égoïste. Elle lui demande d'assumer sa responsabilité à l'égard de la communauté et de l'environnement. C'est ainsi que dans la section qui suit nous examinerons si et comment les dirigeants peuvent, voire doivent, prendre en compte la responsabilité sociétale des entreprises dans l'exercice de leur activité.

C. Responsabilité sociétale des entreprises dans l'intérêt de la société

I. Droit au dividende et responsabilité sociétale

1. *Le but lucratif comme point de départ*

En principe, une société anonyme est fondée dans un but lucratif, c'est-à-dire exercer son activité en vue de générer un bénéfice⁹⁵ qui reviendra ensuite aux actionnaires sous la forme d'un dividende ou d'une part de liquidation.⁹⁶ Ce principe, ancré à l'art. 620 al. 3 CO, n'est certes pas impératif. Il est possible

94 RAGHURAM RAJAN, *The Third Pillar: How Markets and the State Leave the Community Behind*, New York 2019.

95 Art. 620 al. 3 CO.

96 Art. 660/661 CO. Dans ce sens, ROLAND RUEDIN, *Gestion durable et formes de sociétés*, in: Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet, *Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain: Eco-*

d'y déroger moyennant une disposition idoine ancrée dans les statuts soit dès la fondation de la société, soit ajoutée dans le cadre d'une révision approuvée par une décision unanime des actionnaires.⁹⁷ Sous réserve éventuellement des sociétés appartenant à des groupes de sociétés,⁹⁸ il s'agit toutefois de loin de la règle et l'immense majorité des sociétés anonymes poursuivent un but lucratif.

Dans ce contexte, le but lucratif revêt non seulement une fonction institutionnelle, mais aussi une fonction protectrice: il s'agit de garantir aux actionnaires que les fonds investis sous forme de capital seront utilisés en vue de générer un retour sur investissement qui leur sera versé un jour ou l'autre sous forme de dividende.⁹⁹ Certes, il ne s'agit pas d'une obligation ferme; le droit au dividende n'est pas comparable à un intérêt conventionnel.¹⁰⁰ Toutefois, il s'agit d'un des rares droits acquis absolus des actionnaires.¹⁰¹

Nonobstant ces cautèles, la portée du caractère lucratif d'une société anonyme ne doit pas être exagérée.¹⁰² Le but lucratif s'inscrit dans le contexte de la vie des affaires, qui, par définition, implique une certaine prise de risque. Il est accepté et acceptable que, dans le cadre d'une gestion fidèle et diligente,¹⁰³ les dirigeants sociaux prennent des risques mesurés et contrôlés, et que, parfois, ces risques se réalisent et même que la société fasse des pertes. Tout au plus peut-on s'attendre à ce que le rapport entre les risques encourus et le retour sur investissement attendu doit être adéquat. En synthèse, le but lucratif n'est donc pas une promesse de réaliser un rendement déterminé ou un bénéfice. Le droit au but lucratif n'implique pas d'obligation de résultat. Au contraire, un échec commercial est compatible avec la poursuite du but lucratif et le droit au béné-

nomie Environnement Ethique: de la responsabilité sociale et sociétale, Genève/Zurich 2009, 321 ss, 323.

97 Art. 706 al. 2 ch. 4 CO,

98 LUKAS GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, RSDA 2011, p. 229 ss, p. 238; ROLF WATTER/MARKUS NEUHAUS, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (éds), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 173 ss, p. 192. Leur altruisme apparent n'est que la réponse à une vision trop restrictive de l'intérêt social, excluant la notion d'un intérêt de groupe. Voir HENRY PETER, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, thèse Genève 1990 p. 132. Voir aussi ATF 138 II 57, c. 4.1, 61 (au regard du droit fiscal) et plus généralement, JEAN-LUC CHENAU/GUY BEROU, La gouvernance des groupes: e pluribus unum, RSDA 2018, p. 342 ss, p. 349.

99 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661, N 1.

100 Comp. art. 675 al. 1 CO.

101 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661, N 5; ZK-BÜRGI, Art. 660, 661 N 11 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (note 26), § 16 N 364; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 40 N 22; RITA TRIGLO TRINDADE/RASHID BAHAR, Droits des actionnaires minoritaires en Suisse, in: Rapports suisses présentés au XVIe Congrès international de droit comparé, Zurich 2002, p. 381 ss, p. 420.

102 VON DER CRONE (note 18), § 1 N 18.

103 Art. 717 al. 1 CO. Voir aussi PETER BÖCKLI/CHRISTOPH BÖCKLI, Zur «Konzernverantwortungsinitiative»: Rechtliche Überlegungen zu den vier Forderungen der Eidgenössischen Volksinitiative «Für Verantwortungsvolle Unternehmen und zum Schutz von Mensch und Umwelt», Zurich 2018, p. 45.

fice; dans ce cas, tout au plus, une action en responsabilité sur la base de l'art. 754 CO est envisageable, mais il faut alors que les dirigeants aient effectivement violé leur devoir de diligence et fidélité ou une autre obligation et causé un dommage.¹⁰⁴

Ce raisonnement vaut *a fortiori* pour la distribution de dividende. Certes, l'art. 660 CO laisse à penser que les actionnaires ont un droit à recevoir un dividende. La réalité est tout autre: les actionnaires doivent accepter que la société thésaurise ces bénéfices non seulement afin de les réinvestir ou même simplement de garantir un dividende aussi constant que possible,¹⁰⁵ mais aussi accepter que la société constitue des réserves afin de financer des versements aux employés ou atténuer les conséquences d'un revirement de fortune.¹⁰⁶ De plus, le contrôle judiciaire du respect de ce droit est très limité. Les tribunaux reconnaissent ainsi un large pouvoir d'appréciation à l'assemblée générale.¹⁰⁷

En synthèse, le droit au bénéfice et le droit au dividende n'ont pas un caractère absolu, mais ont été fortement relativisés par le code des obligations ainsi que la doctrine et la jurisprudence. Ils laissent donc une place pour une prise en compte d'autres facteurs.

2. *La perspective à long terme: gestion durable*

Deuxièmement, le but lucratif et le droit au dividende se comprennent à l'aune de la vie de la société anonyme, qui dans l'immense majorité des cas est fondée pour une durée indéterminée. Il s'agit donc en général de concevoir le but lucratif dans une perspective à long terme, selon une doctrine unanime peu importe qu'elle déduise ce principe du but lucratif ou de l'intérêt de l'entreprise ou encore qu'elle se fonde la *shareholder value* ou la *stakeholder value*.¹⁰⁸ La poursuite du but lucratif implique la possibilité de faire des investissements – peu importe qu'ils soient comptabilisés à l'actifs ou traités comme des charges – en vue de réaliser à l'avenir un bénéfice. Il est aussi possible de renoncer à un profit immédiat afin de percevoir à l'avenir un profit plus important.¹⁰⁹ Dans cette optique, un revenu exceptionnel – au sens comptable du terme – qui n'est pas appelé à se répéter est moins intéressant qu'un revenu régulier qui, se cumulant au fur et à mesure des années, permettrait à la société de réaliser un re-

104 ZK-BAHAR/Peyer (note 26), art. 660/661 N 6.

105 Voir l'art. 674 al. 2 ch. 2 CO.

106 Voir l'art. 674 al. 3 CO.

107 ATF 100 II 384, c. 4, 393.

108 Voir notamment ZK-BAHAR/Peyer (note 26), art. 660/661 N 7; BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 21–22; CR-CHENAUX/GACHET, art. 660, 661 N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 40 N 26; FORSTMOSER (note 13), p. 160; RUEDIN (note 94), p. 324; SCHENKER (note 7), p. 644; WATTER/SPILLMANN (note 6), p. 105 s.

109 ZK-BAHAR/Peyer (note 26), art. 660/661 N 7.

venu total plus important. En d'autres termes, le but lucratif doit être durable ou pour reprendre le terme anglais *sustainable*.¹¹⁰

Dans ce contexte, les dépenses permises peuvent revêtir de nombreuses formes: il peut s'agir d'un investissement dans les facteurs de production; elles peuvent aussi consister en des dépenses dans la recherche et le développement; elles peuvent aussi impliquer des dépenses en vue de garantir la formation des employés, voire des fournisseurs. Plus abstraitement, une société peut renoncer à réaliser un rendement trop important afin de ne pas s'attirer les foudres d'une autorité de surveillance ou d'autres acteurs étatiques.

En théorie, le calcul est, dans tous ces cas, simple: il s'agit de déterminer si, à long terme, le jeu en vaut la chandelle.¹¹¹ En pratique, la réflexion sur le long terme suppose implicitement deux exercices d'estimation, qui conduisent à un degré d'incertitude élevé: premièrement, il s'agit d'anticiper les résultats futurs, qui, par définition, sont incertains. Deuxièmement, il s'agit de déterminer le taux d'escompte approprié afin d'évaluer la valeur actuelle des revenus et flux de fonds futurs et les comparer avec les dépenses et revenus présents. En définitive, il est délicat dès lors de déterminer *a priori* si un investissement est justifié ou non.¹¹²

3. *Doing well by doing good*

La poursuite du but lucratif à long terme peut aussi impliquer de faire des sacrifices afin de retirer indirectement un bénéfice plus important. Il ne s'agit alors toutefois pas d'actes désintéressés à proprement parler, mais d'actes qui contribuent au but lucratif par des voies détournées. Ces dépenses ne sont en réalité pas engagées à des fins altruistes, mais servent en fin de compte à contribuer au but lucratif.¹¹³

L'exemple classique concerne les employés: une société anonyme a tout intérêt à traiter ces employés de façon généreuse afin de les fidéliser et améliorer son attractivité sur le marché du travail. De ce fait, l'employé se sentira également plus enclin de s'investir afin de s'approprier un savoir-faire idiosyncratique dont il ne retirera un profit que pendant qu'il continue à offrir ses services à son employeur actuel.¹¹⁴

Cette réflexion peut également se conjuguer pour d'autres parties prenantes: les clients, les fournisseurs, les créanciers.¹¹⁵ Une société peut être généreuse

110 RUEDIN (note 94), p. 323. C'est clairement dans cette optique que le Tribunal fédéral considère qu'un actionnaire minoritaire doit accepter des actes qui ne seront profitable qu'à long terme. Voir l'ATF 100 II 384, c. 4, 393.

111 JENSEN (note 53), p. 241.

112 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661 N 7.

113 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661 N 8.

114 Voir FORSTMOSER (note 13), p. 159; HÄUSERMANN (note 75), p. 498.

115 Voir SCHENKER (note 7), p. 638.

avec un client, faire un geste commercial afin de maintenir sa relation avec lui voire le fidéliser. Elle peut offrir son soutien à un fournisseur dans des moments difficiles afin de garantir la pérennité de la société à long terme. Au lieu de négocier les termes de ses lignes de crédit voire d'avoir recours aux remèdes des procédures collectives, une société peut respecter ses engagements afin de signifier à ces contreparties qu'elle est digne de crédit et s'assurer à long terme l'accès à des sources de financement externes.

Dans la même optique, il est possible d'expliquer des actes d'ordre philanthropique: la société cherche à s'attirer la sympathie de ses employés, clients ou fournisseurs et ainsi obtenir leur loyauté, ce qui à son tour lui évite de recruter de nouveaux collaborateurs voir lui permet d'obtenir des conditions plus avantageuses que celles qui prévalent sur le marché.¹¹⁶

Cette logique explique aussi le soutien aux partis politiques – même en l'absence d'un intérêt direct à influencer une politique publique déterminée – la société signale qu'elle est engagée dans le tissu social local, ce qui peut lui attirer une plus grande fidélité des parties prenantes qui appartiennent également à cette communauté.¹¹⁷

Il ne faut toutefois pas se leurrer. Cette approche n'est pas désintéressée. Au contraire, tous les actes apparemment altruistes ne sont pas justifiés par les avantages conférés aux tiers bénéficiaires, mais par les bénéfices que la société en retirera à moyen voire long terme. Il ne s'agit donc pas d'actes bénévoles, mais bien d'actes visant à servir le but lucratif de la société.¹¹⁸ Ils s'inscrivent – tout comme la poursuite d'un bénéfice durable – dans une logique de poursuite du profit et non dans un cadre contraire qui vise à permettre aux bénéficiaires de s'épanouir.

4. Synthèse

En synthèse, même si *a priori* la poursuite du but lucratif s'inscrit en opposition avec la responsabilité sociétale des entreprises, force est de constater que le droit au dividende n'est pas absolu. Au contraire, il s'inscrit – comme la société anonyme – dans une perspective à long terme. Il est dès lors permmissible de «*reculer pour mieux sauter*» d'accepter des dépenses, voire des pertes, à court terme

116 Voir RASHID BAHAR, Philanthropie et but lucratif: la quadrature du cercle, in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri Castracane (éds), *Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019*, p. 459 ss, p. 466; JUTZI (note 82), p. 251 ss, p. 263; JEAN-MARC RAPP, Quelques aspects juridiques du sponsoring, *RSDA 1991* p. 189 ss, p. 193; ROLF WATTER/THOMAS ROHDE, Die Spendekompetenz des Verwaltungsrates, in Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Ernst/Paul Oberhammer/Wolfgang Portmann/Andreas Thier (éds.), *Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006*, Zurich 2006, p. 329 ss, p. 338–339.

117 JUTZI (note 82), p. 263; MÜLLER (note 6), p. 29 ss.

118 BAHAR (note 114), p. 466; FORSTMOSER (note 42), p. 81; JUTZI (note 82), p. 263; MÜLLER (note 6), p. 29 s.; RAPP (note 114), p. 193; WATTER/ROHDE (note 114), p. 338 s.

afin d'accroître le bénéfice à long terme. Par ce biais, la notion de développement durable devient un pilier de la poursuite du but lucratif et une composante essentielle du droit au dividende.

Cette prise en compte d'une perspective à long terme se conjugue avec une vision plus intégrative de la fonction de la société anonyme: la société anonyme et ses actionnaires ne vivent pas en isolation. Ils interagissent avec de nombreuses parties prenantes. Dans ce contexte, l'intérêt social peut consister à prendre en compte l'intérêt de ces parties prenantes afin indirectement de contribuer à l'intérêt social, *doing well by doing good*. Il s'agit de traiter correctement les employer afin d'améliorer la productivité et d'être attractif sur le marché de l'emploi. De veiller à ce que les clients et les fournisseurs soient satisfaits afin de les fidéliser et de s'assurer qu'ils continueront à consommer et livrer la société. Indirectement l'intérêt de la communauté au sens large peut aussi être ainsi inclus dans l'intérêt social. Il s'agit ainsi de veiller à la réputation de la société afin de s'assurer que toutes les parties prenantes se sentent à l'aise et continuent à interagir avec elle.¹¹⁹

Cela étant, il faut bien voir que, cette conception de la responsabilité sociétale des entreprises, n'est pas altruiste: il s'agit dans ce cadre de veiller à son propre intérêt. Dès lors se pose la question si la responsabilité sociétale des entreprises peut signifier plus que cela si elle peut venir limiter la poursuite du but lucratif.

II. Responsabilité sociétale comme limite au but lucratif

1. *Devoir de respecter les lois*

La reconnaissance de la société anonyme en tant que corporation à but lucratif ne signifie pas que l'ordre juridique lui donne un blanc-seing lui permettant – voire l'obligeant – de rechercher le profit à tout prix. En tant qu'entité dotée de la personnalité juridique et donc sujet de droits et d'obligations, la société anonyme doit respecter les lois. C'est une évidence, mais il est utile de le rappeler.

Indirectement, ce devoir s'applique aussi aux membres du conseil d'administration qui a la compétence intransmissible et inaliénable de s'assurer que la personne morale se conforme à ses obligations légales, statutaires et règlementaires.¹²⁰ Ses membres ont donc, au titre de leurs obligations de diligence et de fidélité,¹²¹ un devoir de veiller à ce que la société respecte le cadre légal.¹²²

119 Voir ALEXANDRE FLÜCKIGER, (Re)faire la loi: traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019, p. 357 ss.

120 Art. 716a al. 1 ch. 5 CO.

121 Art. 717 al. 1 CO.

122 BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 42 s.; MÜLLER (note 6), p. 22–23; WATTER/SPILLMANN (note 6), p. 107.

Il ne faut pas sous-estimer la portée de cette affirmation: la société anonyme est tenue d'opérer dans le respect non seulement du droit des sociétés, mais aussi de l'ensemble des règles de droit qui lui sont applicables. Peu importe qu'il s'agisse de normes de droit privé ou de droit public. En principe, peu importe également qu'il s'agisse de normes de droit suisse ou de droit étranger, pour autant qu'elles lui soient applicables. Au demeurant, le fait que l'ordre juridique suisse ne soit pas disposé à prêter son concours à la mise en œuvre des normes d'autres ordres juridiques n'y change rien.¹²³ Seules les règles au contenu abhorrant pour les lois et mœurs helvétiques et donc contraires à l'ordre public suisse devraient être exclues du champ d'application de cette norme. La gestion des risques juridiques et de réputation est ainsi une partie essentielle de l'activité du conseil d'administration.¹²⁴

Une société anonyme ne peut donc pas se livrer à un calcul coûts-bénéfices entre les coûts requis pour mettre en œuvre ses obligations légales de quelque nature qu'elles soient et les bénéfices qu'elle retire de son activité. De même, la théorie de l'*efficient breach* chère à l'analyse économique des contrats ne vaut pas dans ce contexte.¹²⁵ Plus encore, le fait que le législateur ait opté suivant le modèle de GARY BECKER pour une peine économiquement optimale¹²⁶ ne permet pas pour autant aux entreprises et leurs dirigeants de se disculper en invoquant la poursuite du bénéfice. Le respect des lois impose ainsi une contrainte absolue à la recherche du profit.¹²⁷

En synthèse, une société peut et doit, en vue de réaliser son but lucratif, optimiser les moyens de se conformer à la loi, mais ne peut pas échapper à ses obligations pour ces motifs. Autrement dit, la poursuite du but lucratif n'est pas un fait justifiant la violation d'un devoir légal.

2. *Un comportement socialement responsable comme condition de la poursuite du but lucratif*

La réciprocité n'est toutefois pas nécessairement vérifiée: est-ce qu'une société peut tout faire tant qu'elle respecte la loi? Il serait tentant de répondre à cette question par l'affirmative: ce principe est une pierre angulaire de l'Etat de droit.

123 Voir FINMA, Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières («Position de la FINMA Risques juridiques»), 22 Octobre 2010, qui traite la question sous l'angle des risques juridiques.

124 Voir PETER FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: Nedim Peter Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (éds), Unternehmen – Transaktion – Recht: Liber amicorum für Rolf Watter, Zürich 2008, p. 198 ss, p. 202; DAVID FRICK (note 84a), p. 430 ss, p. 432 ss; FRICK (note 84b), p. 236.

125 Voir sur cette question, dans le cadre des devoirs précontractuels, BAHAR (note 27), p. 183-184.

126 Voir GARY BECKER, Crime and Punishment: an Economic Analysis, *Journal of Political Economy* 76 (1968) p. 169 ss.

127 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660–661, N9; MÜLLER (note 6), p. 24; SCHENKER (note 7), p. 638; WATTER/SPILLMANN (note 6), p. 107.

Il est ancré à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'applique: «tout ce qui n'est pas interdit est permis»!

D'un point de vue normatif, le corollaire de ce constat ne doit pas être négligé: il appartient à l'État de fixer les règles du jeu auquel participe la société anonyme. Si un comportement est indésirable, il convient à l'État de l'interdire ou de créer des incitations afin de le décourager. Si un comportement, qui en tant que tel n'est pas économiquement intéressant, est désirable, il faut que l'État l'encourage en recourant le cas échéant à des incitations ou des subventions fondées sur une base légale idoine. Dans les cas où un comportement plus nuancé est nécessaire, la réglementation étatique doit encadrer le comportement des acteurs privés. Cette approche est au cœur de la position de MILTON FRIEDMAN: la poursuite du profit n'est pas une fin en soi, mais si la communauté veut interdire un comportement ou en prescrire un, il lui appartient de le faire par des instruments légaux. En d'autres termes, il n'appartient pas aux managers, aux membres du conseil d'administration ou même aux investisseurs de limiter leurs devoirs de diligence et fidélité en invoquant des devoirs que la communauté n'a pas jugé utile ou opportun d'ancrer dans la loi.¹²⁸

La vision décrite au paragraphe précédent est trop limitative à deux titres: premièrement, elle nie toute place à la responsabilité des acteurs privés dans la fabrication du droit. Deuxièmement, elle néglige de prendre en compte la nature juridique de la personnalité morale. Reprenons donc ces deux arguments l'un après l'autre.

Le principe énoncé à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reflète une conception statique de l'interaction entre l'État et les individus. Elle suppose que l'État est la seule source de droit et que les individus n'ont qu'une fonction dans l'ordre juridique: respecter la loi. Elle ignore ainsi une dynamique plus subtile. L'État n'intervient que s'il est nécessaire et, disposant de ressources limitées, il doit faire des choix pour intervenir là où le besoin se fait le plus ressentir. De ce fait, les acteurs privés profitent d'un espace de liberté supplémentaire: en anticipant les préférences de l'État, ils peuvent spontanément adopter leur comportement afin d'adhérer dans une certaine mesure aux choix de l'État tout en profitant d'une marge de manœuvre plus importante que si l'État intervenait directement. Le résultat est un hybride bénéficiant tant à l'État qu'aux sujets en ce sens que l'État peut faire l'économie d'une intervention directe et sa mise en œuvre, alors que les sujets potentiels disposent d'un peu de mou, qui ne leur serait pas conféré si un instrumentaire étatique devait être mis en place.¹²⁹ Ce modèle simple explique tant l'autorégulation par les acteurs que l'autoréglementation par l'industrie.

Par conséquent, même dans une logique de maximisation du bénéfice, une société anonyme et ses organes ne peuvent pas se contenter de respecter la loi.

128 FRIEDMAN (note 50), p. 33.

129 SCHENKER (note 7), p. 641. Voir plus généralement FLÜCKIGER (note 117), p. 271 ss.

Ils doivent anticiper la réaction de l'Etat s'ils se contentaient d'un «service minimum» et le cas échéant adopter un comportement proactif afin de profiter de la marge de manœuvre que leur laisse l'Etat face à l'autorégulation et l'auto-réglementation. En d'autres termes, la poursuite du bénéfice à long terme impose une action socialement responsable afin d'éviter une action de l'Etat non seulement sous la forme d'une sanction contre une violation du droit positif mais aussi sous la forme d'une évolution juridique qui rendrait illégal un comportement licite jusque-là.¹³⁰

Dans une logique similaire, les sociétés anonymes sont également dépendantes de leur réputation dans leurs relations avec d'autres parties prenantes: les clients, les travailleurs voire, de plus en plus, leurs créanciers et leurs actionnaires qui eux-mêmes s'intéressent à leur réputation. Dans cette optique, une logique de «tout ce qui n'est pas interdit est permis» ne fonctionne plus: si les clients sont disposés à payer le prix pour que leurs fournisseurs répondent à leurs attentes non seulement s'agissant de la qualité des services et des produits mais aussi des conditions dans lesquels ils ont été développés et fournis que ce soit sur le plan des relations avec les travailleurs et les fournisseurs que sur la question du respect de l'environnement.¹³¹ A l'inverse, peu importe que la société puisse produire à faibles coûts, si les clients répu gnés rechignent à acheter ses produits.¹³² De même, sur le marché du travail, il sera plus facile de recruter pour un employeur qui a une réputation d'être un «bon élève» que pour un acteur qui est systématiquement mis au pilori.

En d'autres termes, il s'agit non seulement d'investir dans la relation avec ces acteurs en vue de garantir la profitabilité à long terme, mais aussi de veiller à sa réputation sur d'autres questions afin de maintenir sa compétitivité. Ce raisonnement n'est toutefois pas différent de celui développé ci-dessus: le comportement socialement responsable n'est alors pas une fin en soi, mais plutôt le moyen de réaliser le but lucratif à long terme, d'une part en réduisant les risques d'une évolution législative ou réglementaire qui entraînerait des sanctions plus sévères et, d'autre part, en maintenant l'image de l'entreprise auprès des principales parties prenantes, clients ou fournisseurs.

130 Voir ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661, N 9; FORSTMOSER (note 42), p. 80 s.; HÄUSERMANN (note 75), p. 498; SCHENKER (note 7), p. 641; RUEDIN (note 94), p. 324. Plus encore, un comportement socialement responsable peut aussi s'imposer afin d'imposer des coûts aux concurrents voire empêcher leur entrée sur le marché. Voir MÜLLER (note 6), p. 32; WATTER/SPILLMANN (note 6), p. 111.

131 HÄUSERMANN (note 75), p. 498; HENRY PETER, HENRY/GUILLAUME JACQUEMET, Corporate Social Responsibility et PME: Un certain formalisme est nécessaire et utile, L'Expert Comptable Suisse 2015/3, p. 175 ss, p. 175; SCHENKER (note 7), p. 641.

132 MÜLLER (note 6), p. 19; SCHENKER (note 7), p. 641.

3. *Un comportement socialement responsable comme limite à la poursuite du but lucratif*

Au-delà de la question du respect du droit et des incitations commerciales à adopter un comportement socialement responsable se pose la question de la légitimité d'une prise en compte de la dimension éthique et morale de l'activité sociale et du rôle des organes dans ce contexte.

En effet, tout comme une personne physique qui, bien que libre face à la loi, peut se soumettre à des impératifs moraux. Elle peut adopter un comportement éthique. Une société, fût-elle anonyme et constituée afin de poursuivre un but lucratif, ne saurait être réduite à une machine à générer des bénéfices à tout prix. Plus précisément, ce n'est pas parce que la société anonyme est fondée dans un but lucratif que ses organes doivent rechercher le bénéfice à tout prix ou encore que les dirigeants sociaux, membres du conseil d'administration et membres de la direction, ainsi qu'à fortiori les actionnaires ne doivent être guidés exclusivement par l'appât du gain. Ils peuvent dans le cadre de leur activité prendre en compte la dimension morale et éthique de leur comportement et, à ce titre, même renoncer à un bénéfice parce qu'ils considèrent que cette décision est juste d'un point de vue moral et éthique.¹³³ D'ailleurs, même Milton Friedman a dans son plaidoyer pour ce qu'allait devenir la *shareholder value* a reconnu que:

«That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to their basic rules of the society, both those embodied in law **and those embodied in ethical custom.**» (nous soulignons).¹³⁴

C'est dans ce contexte que la responsabilité sociétale des entreprises prend tout son sens. Il s'agit d'un ensemble de normes juridiquement non contraignante qu'une société et ses organes peuvent – voire doivent – sur un plan moral et éthique considérer dans l'exercice de leur activité.¹³⁵ L'absence de caractère contraignant n'a pas pour effet de leur retirer toute dimension juridique.¹³⁶ au contraire, il s'agit d'une limite au devoir de diligence et fidélité des dirigeants face à la société.¹³⁷ Plus encore, pour une partie de la doctrine, il s'agit même d'une composante de ce devoir.¹³⁸ En effet, en suivant la jurisprudence du Tri-

133 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661, N9; BAHAR (note 114), p. 466; BOHRER (note 5), p. 273; FORSTMOSER (note 124), p. 198 ss, p. 208; FORSTMOSER (note 42), p. 81; SCHENKER (note 7), p. 644; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA (note 63), art. 717 N 16.

134 FRIEDMAN (note 50), 33.

135 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661, N9; FORSTMOSER (note 42), p. 81; SCHENKER (note 7), p. 644; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (note 63), art. 717 N 16.

136 Voir aussi AMSTUTZ (note 12), p. 191.

137 BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (note 63), art. 717 N 16.

138 Voir CHRISTINE KAUFMANN, *Menschenrechte: Risiko oder Chance für Unternehmen?*, RDS 2013 I 497 ss, 498–499 qui déduit cette obligation de l'obligation de gérer les risques qu'implique le devoir de diligence; GIULIA NERI-CASTRACANE, *La Diligence en matière de*

bunal fédéral selon laquelle la prospérité durable de l'entreprise est la garantie du but lucratif, il est même possible d'argumenter que la prise de risques inconsidérés (non seulement industriels, économiques ou financiers, mais aussi environnementaux ou de réputation) ne peut pas être justifiée par des bénéfices prodigieux à court termes et surtout si elle expose la société à une situation catastrophique ou entraîne à moyen ou long terme sa perte.¹³⁹ La responsabilité sociétale limite aussi la portée du droit au dividende et permet à la société de placer d'autres intérêts avant ceux des actionnaires.¹⁴⁰

Plus encore, vu que l'activité sociale ne se conçoit que dans la continuation du droit: la personne morale étant dépourvue d'une réalité physique, ces normes viennent former et nuancer la notion d'intérêt social afin d'intégrer cette dimension. En d'autres mots, la responsabilité sociétale constitue un prisme par lequel les limites de l'activité sociale se définissent. La responsabilité sociétale des entreprises – tout comme le respect de la loi – impose ainsi une limite à la poursuite du profit et ce non seulement par beau temps, mais aussi dans les moments difficiles.¹⁴¹

4. Synthèse

En synthèse, la poursuite du but lucratif et le droit au dividende des actionnaires trouvent leurs limites dans l'obligation de respecter la loi. La société ne peut pas violer la loi afin de réaliser son but lucratif. Cette affirmation vaut tant à l'égard du droit privé que du droit public, du droit national que du droit étranger. Plus encore, une société anonyme peut anticiper l'évolution de la loi et à ce titre contribuer au développement du droit que ce soit en contribuant au développement de l'autorégulation ou en participant à sa mise en œuvre. Toutefois, là encore, il ne faut pas se leurrer l'exercice n'est pas purement altruiste, mais contribue à former la loi dans l'intérêt social: il s'agit d'éviter d'être soumis à des normes plus contraignantes, à une surveillance accrue, à des sanctions plus sévères et fin de compte à contribuer indirectement au but lucratif. La responsabilité sociétale des entreprises permet cependant aux sociétés d'aller plus loin encore, à mon avis: elles peuvent à ce titre invoquer des principes éthiques et

droits de l'homme des Principes Ruggies en Suisse, in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri Castracane (éds), *Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich* 2019, p. 411 ss, p. 418–419; NERI-CASTRACANE (note 4), p. 226. *Contra* FORSTMOSER (note 13), p. 171.

139 KAUFMANN (note 135), p. 498–499 qui déduit cette obligation de l'obligation de gérer les risques qu'implique le devoir de diligence; NERI-CASTRACANE (note 135), p. 411 ss, p. 418–419; NERI-CASTRACANE (note 4) p. 226; RUEDIN (note 94), p. 324. *Contra* FORSTMOSER (note 13), p. 171.

140 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661 N 10.

141 FORSTMOSER (note 130), p. 208. Comp. BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 22 pour qui la responsabilité sociétale de l'entreprise ne peut pas être conçue indépendamment de la recherche du profit à long terme; SCHENKER (note 7), p. 645–646.

moraux pour guider leur comportement, même si ces principes impliquent de renoncer à des bénéfices aujourd'hui et demain. Elle permet ainsi véritablement aux dirigeants de placer d'autres intérêts avant ceux des actionnaires à percevoir un dividende ou réaliser des gains en capitaux. Elle pose une véritable limite au but social.

III. Rôle du conseil d'administration dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises

1. Introduction

Les réflexions qui précèdent décrivent en termes abstraits le cadre normatif dans lequel les sociétés anonymes peuvent prendre en compte la responsabilité sociétale des entreprises. En pratique, la question est appelée à être tranchée par le conseil d'administration voire, en cas de délégation, par la direction dans l'exercice de leurs compétences légales fondées sur les art. 716 et 716a al. 1 CO.¹⁴² Elle est concrétisée à deux niveaux: premièrement par le biais du pouvoir de représentation qui définit les actes que les organes peuvent effectuer au nom de la société anonyme et, deuxièmement, dans le cadre du devoir de diligence et de fidélité mis en œuvre par la responsabilité des personnes chargées de la gestion.

2. But social et pouvoir de représentation

La question de la conformité au but social intervient dans un premier temps dans le cadre des pouvoirs de représentation des organes. Conformément à l'art. 718a al. 1 CO, les «personnes autorisées à représenter la société ont le droit d'accomplir au nom de celle-ci tous les actes que peut impliquer le but social». De ce fait, le but social constitue le guide principal afin de déterminer si une personne a le droit d'accomplir un acte déterminé au nom de la société anonyme. Dans les rapports externes, le pouvoir de représentation des organes est très étendu afin de protéger la sécurité des transactions. Selon le Tribunal fédéral, le pouvoir de représentation s'étend à tous les actes qui peuvent contribuer directement ou indirectement à atteindre le but social. Cette notion est interprétée très largement afin d'inclure tout ce qui n'est pas exclu par le but social. De plus, le Tribunal fédéral apprécie la question de manière abstraite sans égard aux circonstances concrètes du cas d'espèce¹⁴³. En réalité plus qu'un dé-

142 HÄUSERMANN (note 75), p. 496; WATTER/SPILLMANN (note 114), p. 112.

143 Voir généralement ATF 111 II 284, c. 3b, 287–290; Comp. ATF 95 II 442, c. 3, 450. Voir aussi, BÖCKLI (note 26), § 13 N 497; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 21 N 5; BSK OR II-WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éds), Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5^e éd., Bâle 2016, commentaire de l'art 718a N 3; WATTER/ROHDE (note 114), p. 335.

passement du pouvoir de représentation, c'est lors d'un abus de ce pouvoir que le droit pose ses limites: un acte effectué dans l'intention reconnaissable non pas d'atteindre le but social, mais de servir un intérêt particulier constitue non pas un simple dépassement du pouvoir de représentation, mais un abus du pouvoir de représentation qui dès lors ne lie pas la société.¹⁴⁴

Par conséquent, au vu des réflexions qui précèdent, un acte socialement responsable sera généralement considéré comme couvert par le but social, même si ce dernier ne mentionne pas la responsabilité sociétale de l'entreprise¹⁴⁵ à moins qu'il soit entaché d'un conflit d'intérêt sérieux ou atteigne des proportions telles qu'il cesse d'être réconciliable avec le but social ou une activité lucrative.¹⁴⁶ A l'inverse, il ne sera pas possible de remettre en question un acte contraire à la responsabilité sociétale de l'entreprise au motif qu'il n'est pas conforme au but de la société.

A ce titre, des actes de générosité à l'égard des employés ou des communautés dans lesquelles les sociétés sont actives sont couvertes par le but social. Il en va ainsi non seulement du sponsoring au sens strict, par lequel la société contribue en échange d'une reconnaissance et espère qu'elle bénéficiera aussi d'une meilleure image en associant son nom à l'événement ou à la personne soutenue, mais aussi du mécénat et des actes de philanthropie par lesquels il s'agit véritablement de se livrer à un acte altruiste parce qu'il est moralement et éthiquement juste.¹⁴⁷

La même réflexion s'applique en matière de soutien aux activités de soutien aux partis politiques. Il peut s'agir d'une part d'obtenir le soutien des politiciens et de se faire entendre sur des questions importantes pour la société anonyme, mais il peut aussi s'agir d'un soutien actif à la vie politique sans attente formelle ou informelle de bénéficier du soutien des bénéficiaires. Dans le second cas, le but est de contribuer en tant qu'entreprise citoyenne au bon fonctionnement du débat démocratique qui sous-tend l'environnement institutionnel dans lequel la société anonyme évolue.¹⁴⁸

En définitive, il sera rare de voir le pouvoir de représentation remis en cause en l'absence d'une situation conflictuelle particulière.

144 ATF 126 III 361, c. 3a, 363–364; ATF 121 III 176; ATF 119 II 23, c. 3b, 26. Voir aussi ROLF SETHE, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, RSDA 2018, p. 375, p. 379; BSK OR II-WATTER, art. 718a N 5; WATTER/ROHDE (note 114), p. 335; DIETER ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, RJB 1989, p. 289 ss. p. 296.

145 JUTZI (note 82), p. 263; MÜLLER (note 6), p. 28; WATTER/ROHDE (note 114), p. 335. Voir aussi RAPP (note 114), p. 193.

146 WATTER/ROHDE (note 114), p. 335; BSK OR II-WATTER (note 138), art. 718a N 4.

147 WATTER/ROHDE (note 114), p. 335; RAPP (note 114), p. 193.

148 MÜLLER (note 6), p. 29 ss.

3. *Business judgment rule, une épée à deux tranchants*

Indépendamment de la question de savoir si un acte est couvert – dans les rapports externes – par le pouvoir de représentation, se pose aussi la question de savoir si les organes dirigeants agissent sur la base d'une décision adoptée valablement dans le cadre de l'organisation interne de la personne morale.

Dans ce cadre, le principal vecteur pour la mise en œuvre des principes susmentionnés sera celui de savoir si le comportement des organes est conforme à leur devoir de diligence et fidélité ancré à l'art. 717 al. 1 CO. En effet, les décisions du conseil d'administration et, *a fortiori*, des organes de gestion ne peuvent pas être remise en cause à moins d'être, nulles au sens de l'art. 714 CO, ce qui sera rarement le cas, à moins qu'elles reviennent à modifier le but social ou à renoncer au but lucratif.

Il s'ensuit que généralement que la question se réduit le plus souvent à savoir si une décision des organes est contraire à un devoir des dirigeants et entraîne leur responsabilité à l'égard de la société, des actionnaires ou des créanciers.¹⁴⁹ En l'absence d'une obligation spécifique d'agir ou ne pas agir dans un sens déterminé,¹⁵⁰ la question se résume le plus souvent à savoir si la décision répond aux obligations générales de diligence et fidélité.

De façon générale, l'obligation de diligence impose aux organes d'exercer leur compétence avec la diligence requise par les circonstances.¹⁵¹ De plus, il est aussi reconnu que, dans le contexte des sociétés commerciales, la diligence attendue est celle d'un dirigeant professionnel compétent et non la simple diligence *quam in suis* que la personne porte à ses propres affaires.¹⁵² De même, il est reconnu l'obligation de fidélité impose aux dirigeants de soucier avant tout de l'intérêt social, ce qui fait rentrer à nouveau la controverse de l'intérêt social dans la débat.

Toutefois, cette question sera généralement examinée sous l'angle de la *business judgment* suisse. Les tribunaux ne remettent pas en question les décisions de gestion, prise de bonne foi sur une base informée, en l'absence de conflit d'intérêts.¹⁵³ De ce fait, les dirigeants disposent – tant qu'ils procèdent à une

149 Art. 754 al. 1 CO.

150 Voir p.ex. les obligations en cas de difficultés financières prévue à l'art. 725 al. 1 et 2 CO ou les formes de rémunérations interdites par l'art. 18 de l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013 (ORAB; RS 221.331).

151 Voir notamment CR CO II-PETER/CAVADINI (note 27), art. 717 N 8.BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (note 63), art. 717 N 5.

152 Voir notamment CR CO II-PETER/CAVADINI (note 27), art. 717 N 3; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (note 63), art. 717 N 5.

153 ATF 139 III 24, c. 3.2, 26; ATF 4A_259/2016 du 13 décembre 2016, c. 5; ATF 4A_74/2012 du 18 Juin 2012, c. 5.1. Voir à ce propos CR CO II-PIERRE CORBOZ/FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds.), Commentaire romand – Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 754 N 22a; BSK OR II-DIETER GERI-CHE/STEFAN WALLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éds.), Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5^e éd., Bâle 2016, commentaire de l'art. 754 N 31; JUTZI

prise de décision sur une base informée et libre de conflit d'intérêts – d'un large pouvoir d'appréciation afin de concrétiser l'intérêt social et les moyens de le réaliser. Par conséquent, hormis les situations où la loi impose un comportement déterminé ou prévoit une interdiction explicite,¹⁵⁴ la principale limite à ce pouvoir d'appréciation concerne les situations de conflit d'intérêts. En dehors de ces contraintes dures, le droit des sociétés se contente d'exiger que le processus décisionnel s'inscrive dans un cadre organisationnel formalisé¹⁵⁵ et repose sur une information adéquate¹⁵⁶.

Dans le contexte de la responsabilité sociétale des entreprises, cette *business judgment rule* suisse a pour effet que, pour autant que la décision soit prise dans le cadre d'un processus formalisé sur une base informée, il sera difficile de remettre en question la détermination des organes de gestion d'adhérer ou non à un standard de responsabilité allant au-delà du minimum légal. Les dirigeants peuvent s'engager en faveur du respect de valeurs qui vont au-delà des exigences juridiques. Ils peuvent même se comporter de façon altruiste voire philanthropique tant que leur activité reste en lien avec celle de la société.¹⁵⁷ Cependant, leur pouvoir d'appréciation leur laisse une grande marge de manœuvre dans l'autre sens également. Il est ainsi tout aussi possible, dans le cadre du droit des sociétés en vigueur, d'adopter un comportement visant exclusivement à poursuivre le but lucratif que d'adopter une approche plus socialement responsable et de s'engager pour la mise en œuvre de standards sociaux et environnementaux plus exigeants. Le conseil d'administration et les organes dirigeant peuvent ainsi, dans le cadre du pouvoir d'appréciation que leur confère la *business judgment rule*, tantôt demander aux actionnaires de renoncer à des bénéfices supplémentaires afin que l'entreprise continue à maintenir son implantation locale forte et produise localement, tantôt sacrifier des places de travail au profit d'une délocalisation de la production plus profitable. C'est

(note 82), p. 266–269; MÜLLER (note 6), p. 40; HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 4/2012, p. 607 ss, p. 618; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (note 63), art. 717 N 6. Voir aussi RAPP (note 114), p. 193–194.

154 HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 4/2012, p. 607, p. 618–619; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (note 63), art. 717 N 3; WATTER/SPILLMANN (note 114), p. 107. Comp. VON DER CRONE (note 18), § 4, N 266.

155 Voir HÄUSERMANN (note 75), p. 498 s.; VOGT/BÄNZIGER (note 149), p. 617. Comp. VON DER CRONE (note 18), § 4, N 277, qui souligne que ce n'est pas la bureaucratization qui est recherchée, mais le fait d'avoir un processus de prise de décision diligent. Voir aussi ATF 97 II 403, c. 2, 411.

156 Voir pour la philanthropie JUTZI (note 82), p. 268. Voir aussi BSK OR II-GERICKE/WALLER (note 148), art. 754 N 31; ANDREA GRASS, Business Judgment Rule: Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesse, Zurich 1998, p. 125–126; VOGT/BÄNZIGER (note 149), p. 617.

157 BAHAR (note 114), p. 466; HÄUSERMANN (note 75), p. 498 s.; SCHENKER (note 7), p. 644; WATTER/SPILLMANN (note 114), p. 107.

dans ce sens qu'il faut comprendre la conclusion de la thèse de Claude Lambert: le concept d'intérêt social n'est pas suffisamment concret afin de définir une obligation justiciable à charge des organes dirigeants.¹⁵⁸

Le problème n'est pas propre à la Suisse. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis la jurisprudence dite *Unocal* a permis au conseil d'administration dans l'évaluation de l'opportunité des mesures de défense de «*considérer les intérêts des créanciers, clients, employés et même de la communauté en général*» et a reconnu sur cette base au conseil d'administration la compétence de prendre des mesures de défense empêchant le succès d'une offre publique d'acquisition hostile.¹⁵⁹ Il faut ainsi se poser la question si la responsabilité sociétale des entreprises ne sert pas de prétexte pour les dirigeants afin de s'émanciper des actionnaires, sans pour autant accepter de rendre compte aux autres parties prenantes, qui ne les élisent pas directement ou indirectement.¹⁶⁰ Certes, dans ce contexte particulier, le droit suisse des offres publiques d'acquisition a corrigé le tir en laissant en interdisant au conseil d'administration de prendre des mesures de défense et en laissant ainsi le dernier mot aux actionnaires.¹⁶¹ Toutefois, même dans ces circonstances, il laisse le conseil d'administration exprimer sa préférence lorsqu'il s'agit de recommander aux actionnaires d'accepter ou de refuser une offre¹⁶² et ce dernier peut, dans ce rapport, prendre en compte des facteurs non financiers,¹⁶³ y compris des éléments qui relèvent de la responsabilité sociétale de l'entreprise, tel que le maintien de places de travail ou la garantie d'une implantation locale. Cependant, les actionnaires auront désormais le dernier mot, ce qui peut rendre l'exercice plus compliqué.¹⁶⁴

Ce résultat est délicat: en effet, il ne s'agit pas seulement de normes dispositives que les sociétés et leurs organes peuvent décider de suivre ou non, mais d'un véritable pouvoir d'appréciation qui permet aux organes sociaux d'agir différemment au gré des situations, tant qu'ils ne sont pas en proie à un conflit d'intérêts.

158 CLAUDE LAMBERT, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1992, *passim*, p. 219 ss.

159 *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d. 496 (Del. 1985), 955. Cette jurisprudence a été nuancée par la décision dite *Revlon* qui voit l'intérêt des actionnaires à obtenir le plus haut prix primer dès que le conseil d'administration décide de ne pas défendre la société, mais de céder le contrôle. Voir *Revlon v. MacAndrews & Forbes*, 506 A.2d. 173 (Del. 1989), 182.

160 Voir, dans ce sens, dans le contexte américain, ROBERTA ROMANO, The Genius of American Corporate Law, Washington D.C., 1993 57–59.

161 Art. 132 al. 2 de la loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés du 19 juin 2015 (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers, LIMF, RS 958.1).

162 Art. 132 al. 1 LIMF.

163 Voir CR CO II-RASHID BAHAR, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2^{ème} éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 132 LIMF, N 10. Recommandation 0343/01 Implenla AG du 20 décembre 2007, c. 1.2.1.2.

164 Voir FORSTMOSER (note 42), p. 83.

4. Responsabilité civile des membres du conseil d'administration

Les devoirs du conseil d'administration sont mis en œuvre principalement par le biais de la responsabilité civile.¹⁶⁵ Cette action est ouverte à la société, aux actionnaires et aux créanciers dans la mesure où ils subissent un dommage direct.¹⁶⁶ L'action en dommage direct n'est ouverte que si ces derniers peuvent faire valoir que les organes ont violé un devoir destiné à les protéger.¹⁶⁷ Par ailleurs, les actionnaires¹⁶⁸ et, en cas de procédures collectives, les créanciers¹⁶⁹ peuvent faire valoir un dommage indirect, c'est-à-dire un dommage subi par la société, qui indirectement, c'est-à-dire par ricochet, a pour effet de leur porter préjudice. Dans cette optique se pose la question de savoir si les dirigeants peuvent être tenus responsables du non-respect des normes sur la responsabilité sociale des entreprises. Cette problématique peut être découpée en deux sous-questions distinctes: premièrement, celle de savoir si les dirigeants ces normes peuvent constituer le fondement d'une responsabilité et, deuxièmement, la question distincte de savoir qui peut faire valoir une action fondée sur cette violation.

S'agissant de la première question, force est de constater qu'il n'existe pas en droit positif une compétence ou une obligation des membres du conseil d'administration ou des dirigeants plus généralement de veiller au respect des normes en matière de responsabilité sociétale de l'entreprise. Il est ainsi délicat de voir dans la violation de ces principes un chef de responsabilité.¹⁷⁰ En revanche, nous l'avons vu, il existe une compétence du conseil d'administration de veiller au respect des lois.¹⁷¹ De même, il existe un devoir plus général de gérer et contrôler les risques, qui lui peut impliquer une obligation de veiller à ce que ces normes soient respectées.¹⁷² Toutefois, dans une large mesure, ce devoir se verra dilué par la *business judgment rule* pour autant que les organes de gestion aient pris une décision consciente dans quelle mesure ils entendent prendre en compte ces facteurs dans le cadre leur compétence. Enfin, le conseil d'administration peut se voir reprocher le fait de ne pas avoir veillé au respect des instructions qu'il donne,¹⁷³ y compris des codes de conduite qu'il aurait promulgués.

165 Art. 754 ss CO.

166 Art. 754 al. 1 CO.

167 Voir ATF 132 III 564, c. 3.2.1. Voir CR CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (note 148), art. 754 CO N 56 ss; BSK OR II-GERICKE/WALLER (note 148), art. 754 N 16 ss et N 24;

168 Art. 756 al. 1 CO.

169 Art. 757 al. 1 CO.

170 Voir BSK OR II-GERICKE/WALLER (note 148), art. 754 N 26a. Voir aussi FORSTMOSER (note 13), p. 171. Comp CHRISTINE KAUFMANN, Global agieren, local profitieren – und keine Verantwortung?, RSDA 2018, p. 329 ss, p. 336; NERI-CASTRACANE (note 135), p. 411 ss, p. 420; PETIT-PIERRE-SAUVAIN (note 94), p. 436 ss.

171 Voir ci-dessus section C.II.1.

172 KAUFMANN (note 166), p. 336 -337; NERI-CASTRACANE (note 135), p. 421; PETITPIERRE-SAUVAIN (note 94), p. 434 ss; RUEDIN (note 94), p. 325.

173 Art. 716a al. 1 ch. 5 CO.

De même, un organe peut être mis en cause pour ne pas avoir respecté ce cadre juridique interne à la société.¹⁷⁴

Il résulte de ce qui précède que les normes qui peuvent fonder une responsabilité des organes sont des règles d'organisation de la société qui visent à protéger cette dernière et non les parties prenantes. Par conséquent, la société et les actionnaires peuvent faire valoir une violation si la société subi un préjudice.¹⁷⁵ Les créanciers peuvent aussi agir pour faire valoir ce dommage, mais seulement si la société devait tomber en faillite ou faire l'objet de procédures collectives analogues. En revanche, l'action en responsabilité des organes ne permet pas de faire valoir les dommages subis directement par les actionnaires ou les créanciers et encore moins ceux causés à un tiers. Pour ces derniers, la voie de l'action en responsabilité civile des art. 41 ss CO reste seule envisageable.¹⁷⁶

5. Synthèse

En synthèse, tant dans les rapports externes que dans les rapports internes, le droit des sociétés reconnaît une marge de manœuvre importante au conseil d'administration et aux organes dirigeants plus généralement qui leur permet de prendre compte directement ou indirectement des intérêts plus vastes que le seul intérêt de la société à réaliser son but lucratif. Dans les rapports externes, l'interprétation large des activités couvertes par le but social comme incluant toutes les activités qui ne sont pas exclues par le but social joue un rôle essentiel: elle permet au tiers d'avoir confiance dans les actes des dirigeants sociaux sans devoir les remettre en question, mais aussi aux organes d'agir de façon socialement responsable sans devoir craindre qu'un tribunal viendra *ex post* remettre en question la validité de leurs actes.

Cette analyse tient aussi en lien avec le devoir de diligence et loyauté: la *buisness judgement rule* suisse confère aux organes dirigeants un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de leur compétence décisionnelle pour autant que leurs actes soient le fruit d'une décision prise sur une base informée, dans ce qu'ils pensent de bonne foi, sans voir leur jugement entaché par un conflit d'intérêts correspondre à l'intérêt de la société anonyme. Cette *buisness judgement rule* suisse laisse aux dirigeants prendre en compte des considérations morales et éthiques ainsi que leur responsabilité à l'égard de la société au sens large.

Il faut cependant voir le revers de la médaille: il n'existe pas pour autant une obligation positive en droit suisse de prendre en compte les intérêts de tiers, pas plus qu'il n'existe une obligation expresse de considérer l'intérêt des action-

174 KAUFMANN (note 166), PETITPIERRE-SAUVAIN (note 94), p. 436 ss.; RUEDIN (note 94), p. 325.

175 HÄUSERMANN (note 75), p. 499 NERI-CASTRACANE (note 135), p. 411 ss, p. 420; PETITPIERRE-SAUVAIN (note 94), p. 436 ss.

176 Kaufmann (note 166), p. 336; Petitpierre-Sauvain (note 94), p. 436 ss.

naires à voir la valeur de leur investissement croître. Il en résulte une situation à mon avis insatisfaisante: le fait que la diligence et le but social soient des notions à géométrie variable a pour conséquence que les membres du conseil d'administration et de la direction peuvent faire fluctuer la hiérarchie des intérêts qu'ils prennent en considération dans l'exercice de leurs compétences, tantôt – quand cela les arrange – en faveur des actionnaires tantôt en faveur d'autres parties prenantes.

IV. Rôle des investisseurs dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises

1. *Les actionnaires irresponsables?*

En droit des sociétés anonymes, les actionnaires ne sont tenus à aucun devoir sinon la libérer leurs actions.¹⁷⁷ Ils ne répondent pas des dettes sociales. Ils ne doivent pas fidélité ou loyauté à la société.¹⁷⁸ En particulier, ils sont libres d'exercer leur droit de vote comme ils l'entendent ou de se désintéresser de la vie sociale.¹⁷⁹ Tout au plus, le résultat de leur vote peut-il être contesté par les autres actionnaires ou le conseil d'administration dans le cadre d'une action en annulation.¹⁸⁰ Cependant, les décisions de l'assemblée générale bénéficient d'un pouvoir d'appréciation substantiel que leur reconnaît la jurisprudence du Tribunal fédéral.¹⁸¹

Par conséquent, le rôle attribué par la loi aux actionnaires est celui d'un acteur irresponsable, qui en raison de sa participation au bénéfice sous forme de dividendes ou indirectement de gains en capitaux n'est intéressé à rien d'autre qu'accroître son profit financier. Pire, il peut se cacher derrière la société afin de se laver les mains des méfaits de celle-ci: le principe de la gestion tierce par un conseil d'administration et une direction ancré à l'art. 716 al. 1 CO et l'art. 716a al. 1 CO ont pour conséquence que les actionnaires ne participent à la gestion courante de la société. Ce phénomène est d'ailleurs exacerbé dans une société

177 Art. 680 al. 1 CO.

178 Voir ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 680 N 38 et les réf. citées. En particulier, ATF 105 II 114, c. 7b, 128, ATF 91 II 298, c. 6a, 305; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.143/2003 du 14 octobre 2003, c. 6; BÖCKLI (note 26), § 1 N 19 s.; CR-CHENAUX/GACHET, Art. 680 N 13; HANS CASPAR VON DER CRONE/OLIVIA WIPF, Aktienrechtliche Würdigung der strafbewehrten Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen, in: Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (éds.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 633 ss, p. 636; FORSTMOSER (note 26), S. 380; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 42 N 10 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (note 26), § 3 N 25 et § 16 N 208 RUEDIN, Droit des sociétés, Berne 2006, N 866; BSK OR II-VOGT (note 26), art. 680 N 7.

179 Von der Crone/Wipf (note 172), p. 636; ZK Jung, Art. 620 N 25; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 42 N 25

180 Voir l'art. 706 CO. Voir aussi ZK-BAHAR/PEYER (note 26), Art. 680 N 41.

181 Voir ATF 102 II 269; 99 II 62. Vgl. BGE 100 II 389; 83 II 64.

à l'actionnariat dispersé où les actionnaires individuels ne peuvent pas influencer la société par l'exercice du droit de vote.¹⁸² Il en résulte une caricature: l'actionnaire est un capitaliste cherchant le profit à tout prix sans égard aux intérêts de tiers. Tout au plus peut-elle être atténuée afin d'intégrer une perspective à long terme et ainsi distinguer le «bon actionnaire» du spéculateur, intéressé uniquement par des gains à courts termes.

Or, cette image de l'actionnaire employée par Bär ou les partisans de la *shareholder value* est erronée. Les investisseurs et, parmi eux les actionnaires, sont des acteurs qui ont leurs préférences propres: certes, ils ont un intérêt financier à ce qu'ils puissent, toute chose étant égale, augmenter leur retour sur investissement réalisé sous forme de dividendes ou de gains en capitaux. Toutefois, dès que le choix implique d'autres facteurs, ils peuvent avoir des préférences différentes: ils sont aussi des -directement ou indirectement - des citoyens qui se soucient de l'intérêt public. Ils peuvent se soucier des conditions sociales dans lesquelles les employés et fournisseurs opèrent. Ils peuvent se préoccuper de l'environnement. Ils peuvent s'attendre à ce que leur entreprise (et les autres aussi) adopte un comportement éthique.¹⁸³

La structure du contrôle des entreprises a cependant une influence importante sur la capacité des investisseurs à se faire entendre: dans une société familiale ou à l'actionnariat fermé, les investisseurs sont généralement plus directement impliqués dans le fonctionnement de la société. Ils sont soit directement aux commandes en tant que dirigeants, soit ils participent activement au conseil d'administration. A ce titre, ils peuvent se faire entendre en faisant usage non pas de leurs droits d'actionnaires, mais de leur position en tant qu'organes. En revanche, la question devient plus complexe lorsque l'actionnariat devient dispersé: les actionnaires individuels ne sont plus à même de se faire entendre. Les problèmes d'actions collectives les incitent à la passivité et le centre de gravité se déplace des actionnaires vers les dirigeants qui peuvent agir plus librement sans véritablement devoir rendre compte aux investisseurs.

2. Investisseurs institutionnels

Un développement important au cours des deux dernières décennies, qui va, sans aucun doute, de pair avec le développement du deuxième pilier en Suisse et dans le monde,¹⁸⁴ et le rôle croissant des investisseurs institutionnels plus gé-

182 Voir, p.ex. VON DER CRONE (note 18), § 1 N 29; XENIA KARAMETAXAS, L'engagement des investisseurs institutionnels enjeux et perspectives de la prise de décisions collectives, thèse Genève 2019, p. 94–95.

183 Voir BÉNABOU/TIROLE (note 51), p. 1 ss.

184 Voir KARAMETAXAS (note 176), p. 61 et 69; KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, thèse Zurich 2012, p. 75 ss.

néralement,¹⁸⁵ est la prise de conscience croissante du rôle que les investisseurs ont dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises.

Les explications de ce phénomène sont nombreuses: premièrement, les investisseurs institutionnels adoptent une perspective à long terme en raison de leur propre horizon d'investissement. Instituts de prévoyance, assureurs, fonds souverains, peu importe, leur activité s'étend au-delà d'une génération et vise à garantir en rendement le plus élevé à long terme.¹⁸⁶

Deuxièmement, en raison d'un investissement toujours plus important ces acteurs ne peuvent plus se contenter aisément de céder les titres de sociétés peu performantes et se concentrer sur les entreprises plus intéressantes. Ils doivent dès lors s'engager plus activement afin que les sociétés dans lesquelles elles ont investis soient gérés au mieux. Le cas des fonds indiciels illustre la question à merveille. Ces fonds poursuivent une stratégie d'investissement passif: ils visent à reproduire l'univers d'investissement, typiquement en se basant sur un indice sans procéder à un choix actif entre ses différentes composantes. La concurrence se fait alors principalement sur les coûts. En raison des économies d'échelles, le marché pour ses produits est alors concentré entre les mains de quelques gros producteurs (BlackRock Inc., Vanguard et Fidelity). Ces acteurs ne peuvent pas optimiser la performance de leur placement en préférant un titre à un autre.¹⁸⁷ En revanche, leur taille leur permet d'avoir une influence considérable sur les sociétés cotées.¹⁸⁸

Troisièmement, avec la démocratisation qui sous-tend le cercle des bénéficiaires vient également une sensibilité plus importante aux questions sociales et environnementale se fait ressentir. Peu importe d'ailleurs que cette influence se fasse sentir directement des bénéficiaires, qui sont représentés dans les organes paritaires des instituts de prévoyance professionnelle¹⁸⁹ ou sélectionnent les produits développés par les investisseurs institutionnels, directions de fonds ou assureurs, ou indirectement par le jeu de la politique qui influence le cadre légal, puis réglementaire qui régit les investisseurs institutionnels.

Cela fait longtemps à l'étranger puis en Suisse que des actionnaires institutionnels demandent à leurs sociétés d'adopter un comportement socialement

185 Voir KARAMETAXAS (note 176), p. 61 et 69; KARIM MAIZAR (note 178), p. 75 ss.

186 Voir l'art. 71 al. 1 LP.

187 KARAMETAXAS (note 176), thèse Genève 2019, p. 95.

188 Par exemple, BlackRock Inc. comptait le 1^{er} juin 2020 une participation de plus de 3% dans 16 sociétés cotées à la SIX Swiss Exchange AG, dont Julius Bär Gruppe AG, UBS Group AG, Nestlé AG; The Capital Group Companies Inc. détenait des participations importantes dans 12 sociétés cotées à la SIX Swiss Exchange AG, dont Alcon Inc., Novartis AG, Nestlé AG. Sika AG, Zurich Insurance Group AG.

189 Voir l'art. 51a al. 1 LP. Cette obligation s'applique tant aux institutions de prévoyance active dans le domaine obligatoire que les institutions actives dans le domaine dit sur-obligatoire (art. 49 al. 2 ch. 7 LPP). L'article 89a al. 3 CC prévoit un régime analogue pour les fondations. Cette représentation ne dit pas un droit d'exercer le droit de vote dans l'intérêt des employés. Voir KARAMETAXAS (note 176), p. 61 et 69; MAIZAR (note 178), p. 281 ss.

responsable. L'activisme actionnarial a contribué au boycott des sociétés d'Afrique du Sud pendant l'Apartheid.¹⁹⁰ Nestlé SA a vécu la pression de CANES, devenue Actares.¹⁹¹ La Fondation Ethos fondée par les caisses de pension du Canton de Genève en 1997 met aussi l'accent l'investissement socialement responsable.¹⁹² La tendance continue et devient de plus en plus courante. C'est ainsi que, cette année, Larry Fink, CEO de BlackRock Inc., la plus grande direction de fonds au monde, a invité les CEO à prendre en compte le développement durable, et en particulier le risque climatique, dans leur stratégie et d'améliorer la transparence sur ces questions, notamment en adhérant aux principes du Sustainability Accounting Standards Board et de la Task Force on Climate related Disclosure du Financial Stability Board.¹⁹³

Toutefois, tous ces exemples ont de commun leur caractère volontaire: les investisseurs n'ont pas répondu à un devoir juridique, perçu ou réel, de contribuer à la responsabilité sociale des entreprises, mais à une volonté propre d'utiliser leur investissement afin de mettre en œuvre ce qu'ils pensaient être juste et responsable d'un point de vue moral. Il faut dès lors bien voir que cette activité peut s'inscrire en porte-à-faux avec les devoirs juridiques qui incombent à ces acteurs. En effet, le propre d'un investisseur institutionnel est sans doute d'investir pour le bénéfice de tiers: les investisseurs qui ont recours aux placements collectifs,¹⁹⁴ les bénéficiaires actifs ou retraités des institutions de prévoyance,¹⁹⁵ les générations actuelles et futures des collectivités qui ont fondés les fonds souverains et, même s'agissant d'assurances, les assurés et les actionnaires. A ce titre, ils sont tenus de gérer le patrimoine qui leur a été confié dans avec diligence et fidélité dans l'intérêt de ces bénéficiaires, ce qu'il est convenu d'appeler, en faisant un emprunt au droit anglo-américain, des devoirs fiduciaires.¹⁹⁶ De ce fait, se posent la question délicate de savoir si l'exercice éthiquement responsable de la discrétion qui leur a été confié que ce soit s'agissant des décisions d'investissement ou de l'exercice droit de vote est compatible avec leurs devoirs fiduciaires.

Le droit positif suisse n'a pas répondu expressément à cette question. A notre connaissance aucune réglementation helvétique n'a pas reconnu expressément une marge de manœuvre permettant de prendre en compte les critères ESG dans l'investissement d'exercer le droit de vote dans ce sens et encore

190 Voir STEPHEN DAVIS/JON LUKOMINK/DAVID PITT-WATSON, *The New Capitalists: How Citizen Investors are Reshaping The Corporate Agenda*, Boston 2006, p. 79–80.

191 Voir (<<http://www.actares.ch/fir/index.php/about/>>).

192 Voir (<<https://ethosfund.ch/fir/a-propos-d-ethos/portrait-d-ethos/>>).

193 Voir (<<https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter/>>).

194 Voir l'art. 20 al. 1 lit. a et l'art. 21 LPCC.

195 Voir l'art. 71 al. 1 LPP et les art. 49 ss OPP 2.

196 Voir généralement sur le concept et son rôle en matière de droit de vote, KARAMETAXAS (note 176), p. 200.

moins un devoir imposant une réflexion sur ces critères.¹⁹⁷ La doctrine et la pratique justifient toutefois ce procédé par un mécanisme analogue à celui développé dans le cadre des organes: le plus souvent ces acteurs agissent à long terme et ont un horizon d'investissement qui s'étend au-delà des générations actuelles et, de ce fait, ils doivent prendre en compte les conséquences à long terme de leurs actes et ne peuvent pas se livrer à des investissements lucratifs à court terme si à moyen ou long terme leur conséquence s'avèrent désastreuses.¹⁹⁸ De plus, leur compétence professionnelle leur permet de bénéficier d'un certain pouvoir d'appréciation dans le cadre de leurs décisions d'investissement qui – tout comme la *business judgment rule*¹⁹⁹ – vient diluer leur obligation de rendre compte sur l'arbitrage délicat entre rendement et responsabilité sociétale.²⁰⁰

Ce résultat n'est toutefois pas plus satisfaisant à mon sens que l'incertitude concernant le rôle du conseil d'administration. Il serait, en effet, plus opportun d'explicitier ces choix de façon transparente à l'égard des intéressés: soit au niveau législatif ou réglementaire, soit en imposant aux investisseurs institutionnels d'expliquer si et comment ils prennent en compte ces facteurs dans leur politique d'investissement et dans l'exercice du droit de vote.

3. *Obligation d'exercer le droit de vote des investisseurs institutionnels*

Dans une perspective juridique, la tendance est vers une réglementation croissante de l'exercice des droits de vote par les investisseurs institutionnels. Dans un premier temps, ce sont les placements collectifs de capitaux qui ont fait l'objet en 2006 d'une obligation légale expresse d'exercer leurs droits dans l'intérêt des investisseurs.²⁰¹ Cette exigence a cependant été largement diluée: les règles de conduite n'imposent pas une obligation de voter, mais seulement de régler dans une directive interne l'exercice des droits de sociétaire et de créancier ainsi que les cas dans lesquels il est permis d'y renoncer.²⁰² Par ailleurs, l'obligation de transparence reste générale et abstraite.

197 Nous l'avons dit l'art. 95 al. 3 Cst. mentionne le critère de durabilité et, dans ce cadre, l'art. 22 al. 4 ORAb reflète cette exigence dans la définition de l'intérêt des bénéficiaires.

198 Voir, dans ce sens, KARAMETAXAS (note 176), p. 252 ss.

199 Il ne s'agit toutefois pas d'un cas d'application de la *business judgment rule* et l'analogie ne tient à mon avis que très partiellement. Voir, dans ce sens, KARAMETAXAS (note 176), p. 290. Comp. Praxiskommentar VegüV-RICHERS, art. 25 ORAb N 11.

200 KARAMETAXAS (note 176), p. 290 ss.

201 Voir art. 23 al. 1 de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (Loi sur les placements collectifs, LPCC, RS 951.31). Voir KARAMETAXAS (note 176), p. 273 s., qui note la possibilité de préciser ce devoir au niveau du placement collectif.

202 Voir Règles de conduite de la Swiss Funds & Asset Management Association SFAMA du 7 octobre 2014, (<https://www.sfama.ch/fr/autoregulation-documents-modeles/regles-de-conduite/sfama-coc_f_regles-de-conduite_141007.pdf/@download/file.ch>). 51. Voir aussi JEAN-YVES KOHLER/OLIVIER SIERRA, *Activisme actionnarial et exercice des droits de vote en matière de placements collectifs suisses*, GesKR 2015, p. 506 ss, p. 519 ss.

Les investisseurs institutionnels ne sont pas restés inactifs pour autant: Ils ont participé sous l'égide de l'Association suisse des Institutions de prévoyance, Economiesuisse, Ethos, l'association suisse des banquiers et Swissholdings ainsi que le Fonds de compensation AVS/AI/APG, à l'élaboration d'un document non contraignant, les Lignes directrices pour les investisseurs institutionnels qui prévoient aussi le principe de l'exercice du droit de vote par les investisseurs institutionnels «dans la mesure où cela semble approprié et praticable du point de vue des intérêts de leurs bénéficiaires».²⁰³ Elles précisent également que «*Les droits sociaux sont exercés dans l'intérêt des bénéficiaires. À cet égard, les investisseurs institutionnels se laissent guider par une vision à long terme et durable dans la mesure où les directives de placement n'en disposent pas autrement*».²⁰⁴

L'adoption de l'art. 95 al. 3 Cst, suite à l'acceptation de l'Initiative populaire fédérale «Contre les rémunérations abusives»,²⁰⁵ dite Initiative Minder, par le peuple et les cantons a cependant marqué un tournant important. Selon cette disposition, «*les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté.*» Dans le cadre de sa mise en œuvre, par l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013 (ORAb),²⁰⁶ cette obligation est définie comme le fait de veiller à la prospérité durable de l'institution de prévoyance.²⁰⁷ En intégrant la durabilité dans la définition, l'ORAb oblige les investisseurs institutionnels à adopter une perspective à long terme, ce qui vient soutenir modestement les efforts des sociétés elles-mêmes désireuses de poursuivre un investissement à long terme. Par ce biais, les institutions de prévoyance peuvent prendre en compte des facteurs extra-financiers pertinents, et en particulier les critères environnementaux, sociaux ou de gouvernance.²⁰⁸

Plus encore, l'art. 23 al. 1 ORAb franchit un pas supplémentaire et exige de surcroît que les institutions de prévoyance fassent la transparence sur l'exercice du droit de vote. Il faut toutefois constater que l'art. 23 al. 2 ORAb fait preuve d'un biais en faveur du conseil d'administration en ce sens qu'il exige que les décisions n'allant pas dans le même sens que le conseil d'administration, y compris les abstentions, fasse l'objet d'une communication détaillée. De plus, l'ORAb n'impose pas aux institutions de prévoyance de dévoiler leur politique de vote ou, plus précisément, d'explicitier si elles prennent en compte des facteurs non financier dans la définition de cette politique.

203 Lignes directrices pour les investisseurs institutionnels, principe 1.

204 Lignes directrices pour les investisseurs institutionnels, principe 2.

205 FF 2013 1303.

206 RS 221.331.

207 Art. 22 al. 4 ORAb.

208 CR CO II-RASHID BAHAR/XENIA KARAMETAXAS, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 22 ORAb N 19.

4. *Finance durable et investisseurs institutionnels*

A l'échelle internationale²⁰⁹ – et avant tout européenne²¹⁰ – un développement supplémentaire se manifeste de façon croissante: les intermédiaires financiers sont toujours plus sollicités afin de déployer des efforts afin de contribuer au développement durable.²¹¹ Il peut s'agir de facteurs aussi simples que l'obligation faite aux assureurs et aux banques de prendre en compte le risque climatique dans leurs modèles de gestion des risques²¹² ou de politiques plus interventionnistes qui exigent des entreprises d'investissement de prendre en compte les questions de finance durable dans la politique d'octroi de crédit ou dans leur appréciation de l'adéquation d'une recommandation faite aux investisseurs.²¹³

Paradoxalement, alors que la Suisse vient de revoir son cadre normatif concernant tant les services que les instituts financiers avec la loi fédérale sur les services financiers du 15 juin 2018²¹⁴ et la loi sur les établissements financiers du 15 juin 2018,²¹⁵ cette dimension n'a pas été abordée par la loi. Des gestes timides émergent toutefois: la Banque nationale suisse et la FINMA participent depuis avril 2019 au Network for Greening the Financial System (NGFS).²¹⁶ Il faut donc s'attendre à ce que la réglementation dans ce domaine évolue afin d'une prise en compte plus active de l'impact des facteurs environnementaux sociaux et éthiques sur les investissements et les services financiers plus géné-

209 Voir les Principes for Responsible Investments (<https://www.unpri.org/pri/about-the-pri>) initiés sur la base d'une impulsion des Nations Unies en 2006, les efforts du Financial Stability Board afin de renforcer la transparence relative aux questions liés au climat. (<https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/policy-development/additional-policy-areas/climate-related-financial-dis-closures/>) ou le Centre on Green Finance and Investment de l'OECD (<https://www.oecd.org/cgfi/>).

210 Voir généralement sur efforts de l'Union Européenne (https://ec.europa.eu/info/business-eco-nomy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance_en).

211 Voir ALINE DARBELLAY/HRISTINA STOYANOVA, Les standards internationaux en matière de finance durable, in? in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri-Castracane (éds), *Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019*, 329 ss, p. 332–334.

212 Voir les travaux de la Task Force on Climate-related Financial Disclosures du Financial Stability Board (<https://www.fsb-tcfid.org/>). Voir ANDRÉA M. MAECHLER/THOMAS MOSER, Risques climatiques et banques centrales: une perspective de la BNS, 14 novembre 2019 (https://www.snb.ch/fr/mmr/speeches/id/ref_20191114_amrtno/source/ref_20191114_amrtno.en.pdf); BANK OF ENGLAND, *Transition in thinking: The impact of climate change on the UK banking sector*, septembre 2018, pp 27–29.

213 Voir, p.ex., la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement d'un cadre pour favoriser les investissements durables, COM/2018/353 final, ESMA, Final ReportESMA's technical advice to the European Commission on integrating sustainability risks and factors in MiFID II, ESMA35–431737, 30 avril 2019, (https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-1737_final_report_on_integrating_sustainability_risk_s_and_factors_in_the_mifid_ii.pdf).

214 LSFIn, RS 950.1.

215 LEFin, RS 954.1.

216 FINMA, Communiqué de presse: La FINMA rejoint le NGFS, 17 avril 2019 (<https://www.finma.ch/fr/news/2019/04/20190417-mm-beitritt-ngfs/>).

ralement. Si la tendance internationale continue la Suisse devra y répondre dans le cadre de la réglementation des marchés financiers ou au niveau des sociétés suisses tributaires de financements ou capitaux étrangers. Certes, une vision à long terme peut être déduite des obligations de diligence et fidélité faite à ces acteurs. Cependant, ces mêmes devoirs peuvent être invoqués afin de contraindre les investisseurs institutionnels à ne pas prendre ces critères en compte. C'est dans cette optique que le phénomène naissant de la finance durable vient prendre le relai:

5. *Synthèse*

Loin du cliché de l'actionnaire irresponsable transmis tant par les partisans de la *shareholder value* que ceux de la *stakeholder value*, le développement des investisseurs institutionnels a conduit à une prise d'influence croissante des actionnaires et un intérêt croissant au caractère durable de la profitabilité des sociétés. Ce phénomène trouve toutefois ces limites dans la passivité des actionnaires. Dans ce contexte, les exigences croissantes faites à ces acteurs d'exercer leur droit de vote et de faire la transparence sur ce point vient renforcer leur prise d'influence. Toutefois, cette action ne doit pas nécessairement s'inscrire dans une perspective d'investissement durable ou responsable. C'est là qu'un autre mouvement proche de la *corporate social responsibility* vient prendre le relai: la finance durable. Or, si ce phénomène prend de l'essor sur le plan international et européen, la Suisse est restée en retrait, bien que les initiatives dans ce sens se multiplient.

V. **Transparence comme réponse au pouvoir d'appréciation**

1. *Information volontaire*

La *corporate social responsibility* pose un défi important: il est délicat de veiller au respect de cette responsabilité. Par définition, il ne s'agit pas de normes contraignantes, mais de principes éthiques et moraux qui devraient – indépendamment de toute obligation juridique – guider le comportement des sociétés, de leurs organes et de leurs actionnaires. Cependant, une société peut avoir intérêt de rendre public le fait qu'elle adopte un comportement socialement responsable. Nous l'avons vu la réputation joue un rôle important pour une société commerciale.²¹⁷ Un comportement socialement responsable contribue à rendre une société plus attractive sur les divers marchés sur lesquels elle intervient:

217 THOMAS JUTZI, Unternehmenspublizität: Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Berne 2017, N 373. Voir aussi HENRY PETER, Devoir de transparence des entreprises (ou de la responsabilité sociale des sociétés), *Medialex* 2004, p. 29 ss.

marché du travail, marchés pour ses produits, marchés pour ses facteurs de productions et même les marchés de capitaux, où les investisseurs se veulent responsables. C'est dans ce contexte que deux instruments jouent un rôle important: les codes internes ainsi que la transparence externe.

a. Codes de conduite

Les premiers instruments sont des documents qui visent à formaliser les principes régissant l'activité de la société, la codifier.²¹⁸ Il s'agit désormais d'un moyen répandu au sein des grandes sociétés afin d'assurer le respect des principes de responsabilité sociale des entreprises au sein de l'entreprise.²¹⁹ Ils sont aussi rendus publics afin que les tiers intéressés puissent se faire une image des activités de la société.

Leur nature juridique est toutefois incertaine: il s'agit d'une part d'un acte interne à la société, éventuellement d'instructions adressées aux employés. En revanche, il est difficile d'argumenter qu'un code de conduite constitue un engagement de droit privé à l'égard de tiers, même s'il est publié. Vu leur caractère général, il est également peu probable qu'ils engagent la responsabilité fondée sur la confiance de la société à l'égard des parties prenantes.²²⁰

b. Rapports

Les rapports viennent prendre le relai et communiquent à l'extérieur la performance des entreprises relatives sur les questions liées à la responsabilité sociétale des entreprises.²²¹ Il s'agit par ce biais de faire état dans un rapport séparé ou, en ligne avec l'approche intégrée de la *stakeholder value*, dans le rapport annuel des activités de la société ou, sur une base consolidée, de l'entreprise dans un domaine particulier.²²² Leur utilisation anecdotique il y a vingt ans est désormais devenue inévitable pour les grandes sociétés cotées.²²³

218 Voir NERI-CASTRACANE (note 4), p. 372; PETER, HENRY/JACQUEMET GUILLAUME, Corporate Social Responsibility: Analyse des rapports 2013 des dix plus grandes sociétés du SMI, Expert Focus 2014/11, p. 1027 ss, p. 1029 ss.; PETER/JACQUEMET (note 79), p. 184–185; SCHNEUWLY (note 8), p. 130 ss

219 HENRY/JACQUEMET (note 212), p. 1027 ss, p. 1029 ss; SCHNEUWLY (note 8), p. 130 ss.

220 PETER V. KUNZ, Wirtschaftsethik, in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fargnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (éds), Berner Gedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2104, Berne 2014, p. 2117 ss, 236;; SCHNEUWLY (note 8), p. 132. Voir aussi ATF 142 III 84, c. 3.5, 90 (responsabilité fondée sur la confiance créée niée s'agissant pour l'établissement de certification ISO).

221 HANS CASPAR VON DER CRONE/MARIEL HOCH, Nachhaltigkeit und Nachhaltigkeitsreporting, PJA 2002, p. 40 ss; p. 46 ss; PETER/JACQUEMET (note 212), p. 1027 ss, p. 1033; PETER/JACQUEMET (note 79), p. 186.

222 Thomas Jutzi (note 211), N 378.

223 Comp. VON DER CRONE/HOCH (note 215), p. 49 ss; PETER/JACQUEMET (note 212), p. 1027 ss.

Idéalement, ce «reporting» devrait se faire sur la base d'un cadre prédéfini qui permette de garantir la comparaison de la performance, voire même. A défaut, la tentation sera grande d'exagérer ses vertus sans pour autant les mettre en œuvre ou le cas échéant en mettant en avant des projets alibi. En matière environnementale, le terme consacré est le *green washing*.²²⁴ C'est, dans ce contexte, que le droit peut prendre le relai afin de veiller à ce que cette information soit fiable.²²⁵ En effet, l'avantage de la standardisation est de définir la métrologie afin que la performance en matière de responsabilité sociale des entreprises soit mesurable sur la base de critères quantitatifs objectifs. Cet exercice a aussi pour but de faciliter le contrôle et la comparaison entre les entreprises et l'évolution d'année en année.²²⁶

Dans ce contexte, des standards privés se sont développés à l'échelle internationale: le UN Global Compact (UNGC) a commencé par offrir un cadre de référence qui a été repris par le Global Report Initiative (GRI).²²⁷ Aux Etats-Unis, le Sustainability Accounting Standards Board (SASB) s'attèle à développer un standard comparable à ceux de son homologue financier, le Financial Accounting Standards Boards (FASB) responsable des U.S. Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP). Ses normes sont destinées à s'intégrer volontairement dans le système de *reporting* annuel ordinaire auprès de la Securities and Exchange Commission américaine.²²⁸ La Task Force on Climate-related Financial Disclosures du Financial Stability Board s'est aussi penché sur la question en mettant l'accent sur la transparence sur les questions relatives aux risques climatique.

c. Absence de contrôle de l'information

Si le recours à ces standards est possible, la loi n'a pas (encore) franchi le pas de les rendre obligatoires. Il n'existe ainsi aucune disposition en droit des marchés financiers suisses destinée à garantir l'exactitude de l'information dévoilée spontanément. Contrairement aux états financiers²²⁹ ou au rapport de rémunération,²³⁰ il n'existe pas d'obligation de procéder à un contrôle, ne serait-ce que retreint.

Tout au plus, si cette information est intégrée dans un prospectus au sens de la LSFIn, la responsabilité du fait du prospectus peut entrer en jeu. Il faut alors que le prospectus ou des communications semblables présente des indications inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales. Cependant, cette responsabilité n'est engagée que si la personne responsable pour l'élabo-

224 VON DER CRONE/HOCH (note 215) p. 47; THOMAS JUTZI (note 211), N 623.

225 Voir DARBELLAY/STOYANOV (note 205), p. 332–334, PETER/JACQUEMET (note 79), p. 186.

226 Jutzi (note 211), N 379.

227 Voir VON DER CRONE/HOCH (note 215), p. 47–48.

228 Thomas Jutzi (note 211), N 936.

229 Art. 727 al. 1 et art. 728a al. 1 CO.

230 Art. 17 ORAb.

ration du prospectus ait agi sans la diligence requise et ait de ce fait causé un dommage à un acquéreur.²³¹

d. Sanctions: loi sur la concurrence déloyale et droit pénal

Une autre piste mérite cependant d'être envisagée. En plus de constituer une information à l'attention des actionnaires et des investisseurs au sens large, l'information sur la responsabilité sociétale des entreprises est souvent utilisée comme moyen publicitaire afin de rendre les biens et services d'une entreprise plus attrayante aux yeux des consommateurs, voire de les convaincre de payer un prix plus élevé afin de répondre à leur souci de consommer de façon responsable et durable.²³² De ce fait, une information fausse ou trompeuse à ce propos devrait tomber sous le coup des normes du droit de la concurrence déloyale interdisant la publicité mensongère²³³. L'avantage de cette norme est qu'elle s'applique indépendamment du contexte dans lequel la déclaration mensongère a été effectuée. Elle peut donc s'appliquer à des cas de figure plus large que la responsabilité du fait du prospectus.

La portée de cette norme ne saurait être sous-estimée, puisque, à son tour, elle ouvre la voie à des actions des concurrents et des clients²³⁴ d'une entreprise qui vanterait à tort ses actions prises en tant que société socialement responsable pour autant que leurs intérêts économiques soient atteints par la violation. Plus encore, la LCD permet aux associations professionnelles et les associations économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres ainsi que les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs d'intenter ces actions, ce qui facilite dans ce cadre l'accès à la justice.²³⁵

En théorie, il serait même envisageable que la Confédération joue un rôle actif dans ce domaine en intentant action invoquant le besoin de protéger l'intérêt public au motif qu'une information erronée sur des questions relatives au respect des normes sociales ou environnementale constituerait une atteinte à la réputation de la Suisse à l'étranger²³⁶ ou que, de ce fait, les intérêts de plusieurs personnes, les intérêts d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique ou d'autres intérêts collectifs seraient menacés ou subiraient une atteinte.²³⁷ De même, la voie du droit pénal serait aussi envisageable si la violation de l'art. 3 al. 1 let. b LCD était intentionnelle conformément à l'art. 23 al. 1 LCD. Cela étant, la loi sur la concurrence déloyale atteint ses limites en ce sens qu'il ne vise que les informations effectivement dévoilées. Si une entreprise

231 Art. 69 al. 1 LSFIn.

232 Thomas Jutzi (note 211), N 382.

233 Art. 3 al. 1 lit. b LCD.

234 Voir l'art. 9 al. 1 et 2 et l'art. 10 al. 1 LCD. SCHNEUWLY (note 8), p. 134–135.

235 Art. 10 al. 2 lit. a et b LCD.

236 Art. 10 al. 3 lit. a LCD.

237 Art. 10 al. 3 lit. b LCD.

passé un fait sous silence, en principe, l'information, elle n'agit pas de façon déloyale.

La dernière voie de droit pour garantir l'exactitude de l'information volontaire sur la responsabilité sociale des entreprises relève du droit pénal. Ainsi, il est envisageable que le délit de faux renseignement sur une entreprise commerciale (art. 152 CP) rentre en jeu. Cette norme vient réprimer:

«Celui qui, en qualité de fondateur, titulaire, associé indéfiniment responsable, fondé de pouvoir, membre de l'organe de gestion, du conseil d'administration ou de l'organe de révision ou liquidateur d'une société commerciale, coopérative ou d'une autre entreprise exploitée en la forme commerciale, aura donné ou fait donner, dans des communications au public ou dans des rapports ou propositions destinés à l'ensemble des associés d'une société commerciale ou coopérative ou aux participants à une autre entreprise exploitée en la forme commerciale, des renseignements faux ou incomplets d'une importance considérable, susceptibles de déterminer autrui à disposer de son patrimoine de manière préjudiciable à ses intérêts pécuniaires.»

En principe, elle a une portée large puisqu'elle s'applique à toutes les communications au public ou les rapports destinés à tous les associés d'une société commerciale. Cependant, le seuil de matérialité est fixé à un niveau élevé, puisque les renseignements doivent être non seulement faux ou incomplets, mais encore d'une importance considérable et susceptible de déterminer «*autrui à disposer de son patrimoine de manière préjudiciable à ses intérêts pécuniaires*». Ces exigences qualitatives ont ainsi pour effet qu'il sera délicat d'établir que les éléments constitutifs objectifs de l'infraction sont satisfaits. Il convient dès lors de voir si des instruments plus spécifiques seraient idoines.

2. *Transparence obligatoire*

a. *Développements internationaux*

Certains Etats ont déjà franchi un pas vers plus de transparence: sans pour autant imposer un comportement déterminé, ils exigent la transparence sur l'adhésion à certaines questions relatives à la responsabilité sociétale des entreprises et les détails de la mise en œuvre.

Les Etats-Unis – fidèles au modèle de réglementation par les normes de transparence boursière afin d'éviter les contraintes du fédéralisme qui limite l'intervention de l'Etat fédéral dans le droit des sociétés – ont introduit à la fin du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act trois dispositions imposant à la Securities Exchange Commission de prévoir des normes de transparence sur les mesures de diligence afin de lutter contre l'exploitation de minéraux issus de zone de guerre (*conflict minerals*),²³⁸ sur les conditions de

238 § 1502 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010). Voir aussi Securities Exchange Commission, Exchange Release, No 34-67716 (November 16, 2012), (<<https://www.sec.gov/rules/final/2012/34-67716.pdf>>).

sécurité dans les mines de charbon et d'autres mines²³⁹ et, enfin, sur les paiements à des gouvernements en liens avec l'extraction de matières premières.²⁴⁰

Ce phénomène a pris de l'ampleur au sein de l'Union européenne qui, par le biais de la directive 2014/95/UE, impose aux grandes entreprises d'inclure dans leur rapport annuel ou dans un rapport distinct «une déclaration non financière comprenant des informations, dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption».²⁴¹ Ce rapport doit inclure des indicateurs clés de performance de nature non financière fondé sur un cadre national, de l'Union ou international qui couvre les informations de cette nature.²⁴² Par ailleurs, le contrôleur légal au compte ou un cabinet d'audit doit vérifier que la déclaration non financière requise a été fournie.²⁴³ Plus encore, le droit national peut exiger que les informations figurant dans ce rapport soient vérifiées par un prestataire de service d'assurance indépendant.²⁴⁴ De même, les entreprises soumises à l'obligation de préparer une déclaration sur le gouvernement d'entreprise doivent inclure «une description de la politique de diversité appliquée aux organes d'administration, de gestion et de surveillance de l'entreprise au regard de critères tels que, par exemple, l'âge, le genre ou les qualifications et l'expérience professionnelles, ainsi qu'une description des objectifs de cette politique de diversité, de ses modalités de mise en œuvre et des résultats obtenus au cours de la période de référence. A défaut d'une telle politique, la déclaration comprend une explication des raisons le justifiant.»²⁴⁵

Enfin, le Règlement (UE) 2017/821²⁴⁶ prévoit, en plus d'obligation de diligence détaillée dans en lien avec la chaîne d'approvisionnement de certains mé-

239 § 1503 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010).

240 § 1504 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010). Voir aussi ci-dessous Section D. II.

241 Voir Art. 19 bis (1) et 29 bis (1) de la Directive 2013/34/UE modifiée par la Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JOCE L 330 du 15 novembre 2014, p. 1

242 Art. 19 bis (4) et 29 bis (4) Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE.

243 Art. 19 bis (5) et 29 bis (5) Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE.

244 Art. 19 bis (6) et 29 bis (6) Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE.

245 Art. 20 (1)(g) Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE.

246 Règlement 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JOCE L 130 du 19 mai 2017, 1.

taux provenant de zone de conflits ou à haut risque, une obligation d'établir un rapport sur les pratiques et politiques en matière de devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement et de le diffuser aussi largement que possible, y compris sur l'Internet.²⁴⁷ De façon intéressante, il prévoit aussi une obligation pour les importateurs qui peuvent raisonnablement conclure que leurs métaux sont exclusivement dérivés de sources recyclées ou récupérée de révéler publiquement cette conclusion ainsi que les mesures de diligence prise afin de parvenir à cette conclusion.²⁴⁸

b. *Rapport annuel*

La Suisse reste encore un retrait face à ce phénomène. Tout au plus, le droit commercial peut être interprété afin d'intégrer plus de transparence sur le respect des normes morales et éthiques dans le cadre normatif légal. En effet, selon l'art. 961c al. 1 CO, les grandes entreprises doivent préparer un rapport annuel qui doit présenter la marche des affaires et la situation économique de la société ou du groupe de société en mettant en évidence les aspects qui n'apparaissent pas dans les comptes annuels. A ce titre, il est possible de déduire une certaine obligation de rendre compte des activités dans le contexte de la responsabilité sociétale de l'entreprise.²⁴⁹

De plus, l'art. 961c al. 2 ch. 2 CO invite l'entreprise à rendre compte de la réalisation d'une évaluation des risques, ce qui suppose que la société ait évalué ces risques, y compris les risques de réputation qui peuvent être associés au non-respect des normes de responsabilité sociétale des entreprises.²⁵⁰ Par conséquent, il est possible de voir un ancrage légal des rapports sur les diverses questions non-financières que les grandes sociétés préparent à titre volontaire.

Toutefois, cet exercice d'interprétation n'est pas à l'abri de toute critique et il ne saurait être comparé à une norme prévoyant expressément des obligations de transparence dans ce domaine. De plus, comme nous l'avons déjà vu, le rapport annuel ne fait pas l'objet d'un contrôle ordinaire ou restreint par l'organe de révision. Plus généralement, les sanctions contre une violation de ces normes sont limitées.

c. *Droit boursier: une solution partielle*

Le droit boursier offre une deuxième piste de réflexion: il faut toutefois voir que le droit des marchés financiers est resté relativement timide jusqu'à présent. En effet, ni la LIMF ni la LSFIn ne prescrivent d'obligation d'information concernant la prise en compte de critères ESG ou en matière de responsabilité socié-

247 Art. 7 (3) Règlement 2017/821.

248 Art. 7 (4)(a) et (b) Règlement 2017/821.

249 NERI-CASTRACANE (note 135), p. 418. Voir aussi, déjà sous l'ancien droit, VON DER CRONE/HOCH (note 215), p. 46.

250 GIULIA NERI-CASTRACANE (note 135), p. 418.

tale des entreprises que ce soit dans le cadre du règlement de cotation ou du prospectus.

Il est vrai que l'art. 35 a. 2 lit b et c LIMF exige que la bourse publie un règlement qui tienne compte des standards internationaux et comprenne, en principe des indications sur «*la publication des informations à fournir aux investisseurs pour leur permettre d'apprécier les caractéristiques des valeurs mobilières et la qualité de l'émetteur;*» et «*les obligations de l'émetteur, de ses mandataires et de tiers pour toute la durée de la cotation ou de l'admission des valeurs mobilières à la négociation.*» Cette norme d'une portée générale reste relativement peu précise quant aux exigences d'information sur la responsabilité sociale dans les autres parties du rapport.

Le droit boursier intervient, cependant, indirectement: sur la base de l'art. 53 du Règlement de cotation, le l'art. 9 de la Directive Corporate Governance prescrit que les émetteurs peuvent déclarer auprès de SIX Exchange Regulation SA qu'ils établissent un rapport de développement durable.²⁵¹ Dans ce cas, ils doivent respecter une norme internationale reconnue par SIX Exchange Regulation²⁵² et publier le rapport sur leur site Internet dans les huit mois suivant la date d'arrêté des comptes annuels. Ce rapport doit ensuite rester disponible pendant cinq ans à compter de la date de publication.²⁵³ En d'autres termes, SIX Exchange Regulation AG n'impose pas d'obligation d'information sur le développement durable, mais permet aux émetteurs de s'engager volontairement à respecter des normes de publicité concernant ces critères.

De plus, SIX Exchange Regulation n'impose pas le choix d'un ensemble de norme, mais laisse aux émetteurs le soin de choisir quel cadre normatif, ils entendent appliquer. En effet, SIX Exchange Regulation reconnaît: le Global Report Initiative (GRI), les Norme du Sustainability Accounting Standards Board (SASB), le cadre mis en œuvre par le UN Global Compact (UNGC) ainsi que l'European Public Real Estate Association, Best Practice Recommendations on Sustainability Reporting (EPRA, Sustainability BPR).²⁵⁴

Contrairement à ce que prévoit le régime européen, les rapports de développement durable ne doivent pas, selon la DCG, faire l'objet d'un contrôle ou d'un audit. Cependant, dans la mesure où ils s'inscrivent dans le cadre normatif établi par le Règlement de cotation, le respect des principes énoncés par la DCG et indirectement le respect de normes internationales sur le développe-

251 Art. 9 al. 1 DCG.

252 Art. 9 al. 2 DCG.

253 Art. 9 al. 3 DCG

254 Voir Normes internationalement reconnues par SIX Exchange Regulation AG/réglementations relatives à l'établissement d'un rapport de développement durable, juin 2017 (<<https://www.se-r-ag.com/dam/downloads/publication/obligations/guidelines/standards-sustainability-fr.pdf>>). En revanche, SIX Exchange Regulation n'a pas reconnu le cadre développé par la Task Force on Climate-related Financial Disclosures du Financial Stability Board (Voir (<<https://www.fsb-tcfd.org>>) qui se concentre il est vrai sur les aspects financiers liés aux risques induits par le changement climatique.

ment durable peuvent faire l'objet d'un contrôle par SIX Exchange Regulation et de sanction boursière dans le cadre du régime instauré par cet instrument de droit privé. En effet, une sanction peut être ordonnée si un émetteur enfreint les devoirs fixés par le Règlement de cotation, par les règlements complémentaires ou par leurs dispositions d'exécution (et notamment les devoirs de renseignement, de coopération ou d'information), ou s'il ne fait pas en sorte qu'ils soient respectés.²⁵⁵ Cette sanction peut ainsi aller de l'avertissement, à la décotation ou l'exclusion de nouvelle cotation en passant par une amende de jusqu'à 10 millions de francs en cas de violation intentionnelle.²⁵⁶

En pratique, le résultat est quelque peu mitigé: d'un côté, seule une minorité des émetteurs de titres de participations cotés (24 sur 253 émetteurs) se sont engagés à présenter un rapport sur le développement durable. De l'autre côté, il faut voir que les grandes entreprises sont surreprésentées dans cette population: sept émetteurs préparant un rapport appartiennent à l'indice SMI, qui regroupe les 20 sociétés avec la plus grande capitalisation, et pas des moindres. En effet, parmi eux, il faut compter deux des trois poids lourds du SMI, Nestlé SA et Novartis SA, ainsi que les deux grandes banques UBS SA et Credit Suisse Group SA, ainsi que Compagnie Financière Richemont SA, Swisscom SA et Swiss Life Holding SA. Plus positivement, alors que la DCG peut faire craindre à un foisonnement de standards destinés à mesurer les performances environnementales et sociales des émetteur, force est de constater que les GRI se sont établis en tant que standard incontesté en Suisse puisque tous les émetteurs qui ont procédé à un *opting-in* dans ce domaine se sont soumis à ces normes.²⁵⁷

3. Synthèse

En définitive, la transparence joue un rôle essentiel afin de permettre aux membres du conseil d'administration et les dirigeants de communiquer aux parties prenantes et aux investisseurs intéressés leur contribution à la poursuite d'une activité socialement responsable. Les vecteurs de cette communication sont de deux ordres: premièrement, des codes de conduite, à caractère normatif et prospectif, et deuxièmement, des rapports destinés à rendre compte sur une base rétrospective de l'activité que la société anonyme a déployée au titre de sa responsabilité sociétale. Pour l'heure, ces deux types de documents ont avant tout un caractère volontaire. Les sociétés ne sont pas tenues de les élaborer, ce qui soulève la question du contrôle de l'information. Si la LCD et le droit pénal peuvent ouvrir des pistes, les possibilités de remettre en cause judiciairement ces informations sont limitées.

255 Article 61 du Règlement de cotation.

256 Article 61 du Règlement de cotation.

257 Voir (<https://www.six-group.com/exchanges/shares/companies/sustainability_reporting_fr.html>).

En droit positif, il est délicat de parler d'une obligation d'informer. Tout au plus, certains auteurs considèrent que cette information doit figurer dans le rapport annuel. Une obligation de cette nature ne peut cependant pas être reconnue aussi facilement. C'est sans aucun doute pourquoi SIX Exchange Regulation SA a décidé de donner aux sociétés cotées la possibilité de se soumettre volontiers à un régime de transparence sur les critères non financiers défini par un cadre de référence reconnu. La réalité est toutefois moins rose: Sous réserve des plus grandes capitalisations, les émetteurs préfèrent souvent ne pas se soumettre à ces exigences, ce qui limite l'effectivité de cette norme.

VI. Synthèse

Malgré la controverse entre *shareholder* et *stakeholder* value, la société anonyme reste une institution fondée sur la volonté des actionnaires de mettre une partie limitée de leurs ressources financière à disposition de la société anonyme, qui s'émancipe de ses fondateurs en devenant une personne morale. Cette personne morale continue cependant à poursuivre le but pour lequel elle a été créée. En général, il s'agit d'un but lucratif, c'est-à-dire générer tôt ou tard un bénéfice afin de le distribuer tôt ou tard aux actionnaires. Ce but lucratif est la boussole qui guide l'activité sociale, mais il serait illusoire de vouloir en tout temps maintenir le cap. Premièrement, il s'agit d'une activité qui se poursuit à long terme sur une durée indéterminée. Il en résulte une obligation de poursuivre une activité qui soit durable. Deuxièmement, la poursuite du but lucratif ne doit pas se faire au détriment des intérêts de tiers. Au contraire, bien souvent, la poursuite du but lucratif passe par la prise en compte des intérêts des autres parties prenantes: créanciers, travailleurs, clients et fournisseurs et même de la communauté au sens large à laquelle la société appartient.

Il en résulte que la société anonyme doit ainsi – c'est une évidence, mais il faut le rappeler – respecter les lois et les règlements qui lui sont applicables. Il en va ainsi non seulement du droit suisse, mais aussi des normes d'autres ordres juridiques avec lesquels elle entre en contact dans son activité. Plus encore, il en va de même pour ses organes, le conseil d'administration et la direction. Plus encore, à ce titre, il est possible de déduire non seulement une certaine obligation d'agir de respecter les exigences de la responsabilité sociétale des entreprises afin d'atteindre le but lucratif en vue d'anticiper les conséquences de la loi et de participer activement à ce développement mais encore d'exercer les devoirs de diligence et fidélité en prenant compte des limites qu'imposent la responsabilité sociale des entreprises.

Ces conclusions fortes en apparence sont toutefois diluées en pratique: dans les rapports externes, le but social devrait agir comme limite du pouvoir de représentation. En réalité, la jurisprudence extensive du Tribunal fédéral destinée à éviter, dans un souci de préserver la sécurité des transactions, que les actes des organes ne lient pas la société considère que tous les actes qui peuvent abstraitement contri-

buer à la poursuite du but social sont couverts par la présomption de l'art. 718a CO. Par conséquent, rares seront les actes qui feront l'objet d'un contentieux, hormis un véritable abus du pouvoir de représentation. De même, s'agissant des décisions des organes de gestion, il sera difficile de les remettre en cause, puisque les tribunaux reconnaissent un large pouvoir d'appréciation lorsqu'ils examinent les décisions de gestion prise de bonne foi sur une base informée en l'absence de conflit d'intérêts. La *business judgment rule* et se large pouvoir d'appréciation ont pour effet que les dirigeants peuvent selon leur bon vouloir tantôt invoquer leur responsabilité sociétale afin de se dédouaner de toute responsabilité face aux actionnaires, mais aussi ne pas l'invoquer lorsqu'il s'agit pour eux au contraire de s'opposer à la critique des parties prenantes, qui d'ailleurs se limitera en principe à un exercice de relations publiques puisqu'ils ne peuvent pas faire valoir une action en responsabilité pour violation de ces devoirs en dehors de la faillite.

C'est, dans ce contexte, que les actionnaires et les investisseurs plus généralement sont appelés à prendre le relai. En effet, loin d'être irresponsable – ce que le droit des sociétés leur permet d'être – les actionnaires et, surtout, les investisseurs institutionnels peuvent contribuer activement au fonctionnement de la société et s'intéresser à la responsabilité sociétale des entreprises auxquelles ils participent. Les explications de ce phénomène sont nombreuses. Elles sont tantôt liées à la nature de leurs investissements effectués dans une perspective à long terme sans possibilité de vendre tantôt à leur propre fonctionnement empreint par une participation d'acteurs politiques ou, dans le contexte des institutions de prévoyance professionnelle, influencé par la nature partiariaire de leur gestion. L'obligation d'exercer le droit de vote joue également un rôle important dans ce contexte, même s'il reste timide.

En réalité, le principal instrument de contrôle du respect des principes de responsabilité sociale des entreprises relève de la transparence: celle-ci reste avant tout volontaire, que ce soit par la publicité faite autour des codes de conduite promulgué par les entreprises elles-mêmes ou les rapports sur la question. Il en résulte un degré relativement faible de standardisation et de contrôle. Une réponse au premier problème a été trouvée par le développement de standards par des organismes privés seuls ou de concertation avec des promoteurs institutionnels. Quant au second, il n'a pas (encore) trouvé de réponse définitive. Certes, les instruments de la responsabilité du fait du prospectus, de la lutte contre la concurrence déloyale ou encore du droit pénal suggèrent des pistes de réflexion. Cependant, ils sont encore trop généraux pour garantir une mise en œuvre de ces principes. SIX Swiss Regulation s'est aussi attelée à la tâche en offrant la possibilité aux émetteurs de se soumettre volontairement à des standards reconnus, avec pour conséquence de créer pour les entreprises qui le feraient d'avoir un engagement ferme accompagné par une mise en œuvre par les instruments de contrôle de l'autorégulation boursière.

A titre de conclusion de cette première partie, le droit des sociétés laisse la place à la responsabilité sociétale des entreprises de se développer sans créer de

contrainte dure dans ce sens. Cette conclusion vaut tant pour le conseil d'administration que les actionnaires. C'est sans aucun doute pourquoi la transparence joue un rôle essentiel dans le processus: il s'agit ainsi non seulement de veiller à ce que les sociétés rendent compte de leurs activités dans ce domaine mais aussi d'offrir un mécanisme destiné à garantir la crédibilité de l'information. Si des outils existent aujourd'hui, leur utilisation reste entièrement volontaire.

D. Responsabilité sociale des entreprises comme instrument d'action de l'Etat

I. Introduction

1. Changement de perspective: l'Etat, promoteur de la responsabilité sociale des entreprises

Jusqu'à présent nous nous sommes concentrés sur la question de savoir si le droit des sociétés laisse suffisamment de place à la responsabilité sociale des entreprises. Dans cette optique, il s'est avant tout agi de déterminer si le droit des sociétés permet voire encourage les sociétés anonymes, leurs dirigeants et leurs actionnaires à prendre en compte des intérêts plus vastes et d'agir de façon responsable face à la communauté au sens large ou au contraire si le droit des sociétés est un frein à cette prise de responsabilité. La responsabilité sociale des entreprises dans ce contexte est définie et perçue comme un fait extra-juridique. Elle se manifeste là où le droit s'arrête en laissant aux acteurs privés le soin de répondre à leurs devoirs moraux et éthiques.²⁵⁸ Il ne s'agirait donc pas d'un phénomène juridique au sens étroit du terme ou, plus précisément, il s'agit d'un phénomène typique du pluralisme juridique, par lequel des acteurs non étatiques viennent contribuer à la formation du droit.²⁵⁹

L'interaction entre droit des sociétés et responsabilité sociale des entreprises revêt toutefois une autre dimension. En effet, le droit des sociétés est trop souvent conçu dans une perspective ordo-libérale.²⁶⁰ Dans cette conception, le droit des sociétés définit le cadre, le mode d'organisation de la société anonyme, laisse ensuite les acteurs privés opérer dans le cadre de l'autonomie de la volonté et n'intervient que pour mettre en œuvre les accords et réagir contre les abus. Le droit public intervient en dehors de ce cadre et fixe les conditions dans lesquelles les sociétés comme tous les autres sujets de droit peuvent intervenir. Dans une large mesure, le droit privé et, dans ce contexte, le droit des sociétés est traité comme une question distincte du reste de l'ordre juridique,

258 BOHRER (note 5), p. 273; SCHENKER, (note 7), p. 636; WATTER/SPILLMANN (note 6), p. 100 s.

259 Voir p.ex. AMSTUTZ (note 12), *passim*, SCHNEUWLY (note 8), p. 101;

260 DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 347; ZK-JUNG, avant art. 620–625, N 11 et 17.

comme s'il y avait, d'une part, le droit des sociétés et, d'autre part, le droit du travail, le droit de l'environnement, le droit de la consommation, et que ces deux systèmes fonctionneraient indépendamment les uns et des autres.²⁶¹ Cette vision reflète la perception de Milton Friedman et des partisans de la *shareholder value*: Le droit des sociétés se concentre sur la question de régler les rapports entre la société, ses actionnaires, ses organes et ses créanciers et laisse à d'autres domaines du droit le soin de répondre aux questions propres aux relations avec les employés, les clients, l'environnement.²⁶²

Cette vision ignore la réalité dans laquelle les sociétés anonymes évoluent et méconnaît au demeurant l'évolution du droit des sociétés. Comme nous l'avons mentionné en introduction, la réalité de la société anonyme est qu'une personne morale et surtout une grande société anonyme n'est pas comparable avec une personne physique. Elle interagit avec la communauté différemment qu'une personne physique, aussi fortunée ou puissante qu'elle soit. La société est immortelle et peut accumuler auprès d'un cercle indéterminé de personnes des moyens financiers qui sont hors de portée de simples humains. Sa structure lui permet aussi de conjuguer les talents de personnes innombrables pour le bien de la communauté, mais aussi, si elle est utilisée à mauvais escient, avec des conséquences désastreuses. Ce vaste pouvoir, elle le doit au droit des sociétés, qui lui reconnaît la personnalité juridique et met sur pied le véhicule juridique par lequel ces efforts peuvent se conjuguer. Par conséquent, le droit des sociétés ne peut pas rester inactif, mais doit s'assurer qu'avec ce vaste pouvoir vienne une responsabilité correspondante.²⁶³

Vu dans cette perspective, la responsabilité sociétale des entreprises constitue un moyen d'atteler la société anonyme au service de la communauté et de l'utiliser afin de mettre en œuvre des politiques publiques.²⁶⁴ La tentation est dès lors grande d'utiliser le droit des sociétés pour la mise en œuvre d'objectifs politiques.²⁶⁵ Il ne faut pas se faire d'illusion; le phénomène n'est pas nouveau. Le droit des sociétés a longtemps été empreint de politique qui a formé non seulement le contenu du droit des sociétés mais aussi l'organisation des sociétés.²⁶⁶ Nous avons mentionné l'*enlightened shareholder value* du Companies

261 Voir DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 347; PETER V. KUNZ, Funktionen des Aktienrechts – vom Organisationsrecht zum Katalysator der Gesellschaftspolitik?, RSDA 2018, p. 253 ss, p. 257. Voir, p.ex. SCHENKER (note 7), p. 648.

262 Voir ci-dessus section B.II.

263 Voir MAYER (note 17), Oxford 2014; COLIN MAYER, Prosperity, Oxford 2018.

264 Voir DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 356; SCHENKER (note 7), p. 637. Comp. la critique de CHRISTOPH BÜHLER, Entwicklungen der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative: Corporate Social Responsibility, Geschlechterquote und weitere Neuerungen, RSJ 2015 p. 349 ss, 353.

265 PETER V. KUNZ (note 254), RSDA 2018, p. 253 ss, p. 257.

266 Voir MARK J. ROE, Strong Managers, Weak Owners: Political Roots of American Corporate Finance, Princeton 1994, *passim*; MARK J. ROE, Political Determinants of Corporate Governance, Oxford/New York 2003, *passim*.

Act 2006 reflète d'une vision du capitalisme au service de la communauté propre au New Labour de Tony Blair et Gordon Brown, mais il ne faut pas oublier que l'intérêt de l'entreprise et ce que nous appellerions aujourd'hui la responsabilité sociétale avaient une toute autre signification en Allemagne en 1937 où le droit de la société anonyme prescrivait que la direction doit «*unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten [hat], wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern*».²⁶⁷

2. Révolution du gouvernement d'entreprise

Ce phénomène s'inscrit dans la lignée de la révolution du gouvernement d'entreprises. Alors que, dans une vision statique, les normes doivent être prescriptives, le développement du concept de gouvernance a redessiné les cartes vers une lecture plus dynamique du droit: dans cette perspective qui s'est développée de façon croissante au cours des trois dernières décennies, le droit ne doit pas nécessairement prescrire des normes de comportement à suivre, des obligations d'actions ou des interdictions, mais peut aussi mobiliser l'organisation afin d'atteindre un but défini.²⁶⁸ La loi et la réglementation définissent ainsi un objectif et exigent qu'une organisation soit mise sur pied afin d'atteindre ce but, sans prescrire les moyens à utiliser.

Le gouvernement d'entreprise (*corporate governance*) constitue sans aucun doute le cas d'école: il a donné à l'organisation de la société anonyme pour but de conjuguer les avantages de la délégation de la gestion à des managers professionnels et expérimentés tout en minimisant les coûts d'agence qui résulte de ce phénomène.²⁶⁹ La solution préconisée a consisté à mettre en place des instruments de contrôle et de surveillance destinés à s'assurer qu'ils agissent – dans un premier temps – dans l'intérêt des actionnaires, bailleurs de capital propres.²⁷⁰ Avec l'évolution de l'interprétation de la notion d'intérêt social vers la *stakeholder value*²⁷¹ est venue une lecture plus ouverte aux autres parties prenantes, dans l'intérêt de l'entreprise au sens large.²⁷²

Dans cette optique la politique de rémunération des dirigeants est devenue un moyen de créer des incitations en faveur d'une gestion plus orientée vers

267 Voir § 70 des Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (AktG) vom 30. Januar 1937, cité par FORSTMOSER, *Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?*, in: Rainer Maria Kiesow/Regina Ogorek/Spiro Simitis, (éds), *Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 2005, p. 207 ss, p. 226

268 Voir aussi BÜHLER (note 91), N 441 ss et 579 ss. Voir plus généralement FLÜCKIGER (note 117), p. 388 ss, sur le gouvernement.

269 Voir, notamment, PETER BÖCKLI, *Corporate Governance: Erfolg und Versagen einer Leitidee: Eine Standortbestimmung nach zwölf Jahren «Swiss Code»*, EF 2016, p. 349 ss, p. 349.

270 Voir, notamment, BÖCKLI (note 262), p. 349.

271 Voir ci-dessus section B.III.

272 Voir, notamment, BÖCKLI (note 262), p. 350.

l'intérêt de l'entreprise,²⁷³ puis une source de problèmes.²⁷⁴ L'art. 93 al. 3 Cst. poursuit un but explicite: «protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable». Malgré le caractère marqué de l'intervention préconisée par l'Initiative Minder, il s'agit de recourir au gouvernement d'entreprise afin de résoudre le problème: plutôt que prescrire ou interdire des formes de rémunérations,²⁷⁵ il s'est agi avant tout de mettre sur pied un comité le de rémunération²⁷⁶ au sein du conseil d'administration chargé de vérifier en toute indépendance du caractère adéquat de la politique de rémunération, de soumettre au vote de l'assemblée générale certains éléments de la rémunération²⁷⁷ et enfin de rendre compte dans un rapport de rémunération des rémunérations effectivement versées.²⁷⁸

Le phénomène s'est développé de façon croissante dans de nombreux domaines: le droit de la surveillance bancaire et des marchés financiers a ainsi eu recours de façon croissante au gouvernement d'entreprises afin de s'assurer que les organes de haute surveillance et de direction veillent aux objectifs de cette législation.²⁷⁹ Il est aussi manifesté dans le contexte des rémunérations afin d'éviter que celle-ci ne crée des fausses incitations à prendre des risques excessifs au détriment de la stabilité financière.²⁸⁰ Ce phénomène se conjugue désormais dans d'autres domaines: le droit de l'environnement²⁸¹ ou le droit de la protection des données.²⁸² Il serait d'ailleurs possible de réinterpréter une partie du droit collectif du travail du travail comme un recours à la gouvernance afin

273 Voir LUCIAN BEBCHUK/JESSE FRIED, *Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Cambridge 2004, MICHAEL C. JENSEN/KEVIN J. MURPHY., *CEO Incentives: It's Not How Much You Pay, But How*, Harvard Business Review, May–June 1990), p. 138 ss.

274 Voir RASHID BAHAR, *Executive Compensation: Is Disclosure Enough*, in: Luc Thévenoz, Rashid Bahar, *Conflicts of Interest: Corporate Governance & Financial Markets*, Aahen van der Rijn/Zurich 2007, p. 85 ss, p. 87 ss; LUCIAN BEBCHUK/JESSE FRIED, *Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Cambridge 2004.

275 Art. 20 et 21 ORAb.

276 Art. 7 ORAb et ECONOMIE SUISSE, *Code suisse de bonne pratique en matière de gouvernement d'entreprises*, Annexe I, ch. 32 et 33

277 Art. 18 al. 1 ORAb.

278 Art. 13 ss ORAb.

279 Voir FINMA, *Circulaire 2017/1 Gouvernance d'entreprise – banques: Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et contrôles internes des banques*, et FINMA, *Circulaire 2017/2 Gouvernance d'entreprise — assureurs: Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et système de contrôle interne en matière d'assurance*.

280 Voir FINMA, *Circulaire 2010/1 Systèmes de rémunération: Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers*, N. 1.

281 Art. 43a al. 1 lit. b LPE. Voir à ce sujet PETITPIERRE-SAUVAIN (note 94), p. 431.

282 Les art. 40 ss du Règlement général sur la protection des données encouragent également à l'élaboration de code de conduites et de processus de certification destinés à contribuer à la bonne application du règlement. Voir, en droit européen, l'art. 40 al. 1 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données) (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1–88).

de régler les questions de droit du travail: plutôt que définir les obligations des employeurs et employés dans un contexte collectif, le droit définit un mode d'organisation fondé tantôt sur l'information tantôt sur la consultation²⁸³ afin de conduire à la paix sociale, le résultat souhaité.

3. *La responsabilité sociétale des entreprises comme moyen d'action*

Le droit des sociétés s'inscrit alors dans une perspective plus cybernétique: le droit des sociétés devient un moyen de gouverner, un instrument de régulation entre les mains de l'Etat. Ce dernier peut intervenir avec des normes contraignantes afin de mettre en œuvre des politiques publique dans le modèle du droit public, mais il peut aussi mobiliser les sociétés anonymes afin que celle-ci contribuent au programme politique que l'Etat entend développer.²⁸⁴ Le Conseil fédéral a appelé ce mélange de volontarisme et d'impulsions étatiques un *smart mix*.²⁸⁵ Plus fondamentalement, l'Etat intervient avec un *nudge* pour reprendre l'expression de Thaler et Sunstein²⁸⁶ afin de pousser gentiment les acteurs privés à agir dans le sens souhaité, sans les y contraindre.

Cette action de l'Etat s'inscrit dans une logique d'efficacité et d'efficience:²⁸⁷ premièrement, comment est-ce que l'Etat peut s'assurer que les objectifs de ses politiques publiques seront atteints? Deuxièmement, comment y parvenir en utilisant le moins de ressources possibles? Dans ce second calcul, l'Etat ou, plus précisément les acteurs qui définissent et mettent en œuvre ses politiques (les parlementaires, le gouvernement et l'administration) prennent en compte non seulement les ressources financières mises à contribution par l'Etat, mais aussi le capital politique qu'ils engagent dans cet exercice. Dans cette optique, l'Etat décide consciemment de ne pas intervenir de façon dure, non seulement afin de s'épargner les coûts d'une mesure administrative contraignante qui viendrait grever son budget, mais aussi afin de ne pas ostraciser

283 Voir les art. 9 et 10 de loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises. (Loi sur la participation) du 17 décembre 1993 (RS 822.1), l'art. 333a al. 1 et al. 2 CO (information et consultation en cas de transfert d'exploitation) et l'art. 335d (consultation en cas de licenciement collectif). Voir aussi les art. 28, 50 et 77 LFus pour les sociétés commerciales.

284 DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 349 ss.

285 La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1^{er} avril 2015 (<https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf>), p. 6; BOHRER (note 5), p. 274.

286 RICHARD H. THALER/CASS SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven/New York 2008, *passim*. Le *nudge* dans le sens de THALER et SUNSTEIN consiste toutefois à utiliser des biais cognitifs afin d'atteindre un objectif sans avoir recours à une norme prescriptive.

287 Voir FLÜCKIGER (note 117), p. 443 ss.

des acteurs qui seraient susceptibles de le soutenir politiquement.²⁸⁸ En lieu et place, il peut opter pour un instrument moins contraignant et tout de même bénéficiaire des avantages, certes réduits, de cette politique publique.²⁸⁹ Cette approche reflète une conception plus dynamique du droit: l'Etat peut intervenir de façon souple dans un premier temps et, s'il ne voit pas de progrès, intervenir plus activement et avec des moyens plus contraignants.²⁹⁰ La question du rôle précurseur de l'autorégulation prend une autre tournure dans cette optique: l'intervention de l'Etat devient alors l'expression de l'échec du droit moins contraignant.²⁹¹ Incidemment, le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale opèrent sous une menace comparable: s'ils ne parviennent pas à répondre aux attentes populaires, des solutions moins plus tranchées peuvent être adoptées suite à une initiative populaire.²⁹²

Cette dynamique n'est pas propre à la responsabilité sociétale des entreprises mais s'est exprimée sous des formes diverses dans de nombreux domaines. Cependant, le droit des sociétés est devenu un champ d'expérimentation croissant pour ce mode de réglementation en raison de facteurs fondés sur l'efficacité aux yeux des acteurs politiques pour plusieurs raisons: premièrement, en mobilisant les grandes sociétés, il est plus facile d'obtenir un effet important à coût moindre.²⁹³ Il suffit d'obtenir l'adhésion de quelques grandes sociétés pour que la norme soit mise en œuvre à grande échelle.²⁹⁴ Dans l'optique des grandes entreprises, comme on l'a vu précédemment, il est aussi dans leur intérêt égoïste d'adopter une norme non contraignante si elles craignent que si elles restent inactives une norme contraignante moins favorable sera mise en œuvre.²⁹⁵ L'intervention de l'Etat prend alors une forme différente: elle vient donner des

288 Voir aussi FLÜCKIGER (note 117), p. 443 ss.

289 BOHRER (note 5), p. 275. Voir sur la question de l'autorégulation, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse, RDS 2004 II, p. 479 ss.

290 FLÜCKIGER (note 117), p. 300 ss.

291 De Rossa Gissimondo/Cavadini-Birchler (note 73), p. 349 ss; Neri-Castracane (note 4), p. 18 s.

292 DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 350.

293 Il s'agit ainsi d'avoir des normes qui ne s'appliquent qu'aux grandes entreprises ou du moins qui s'appliquent différemment aux entreprises de taille plus réduite. En droit des sociétés, cette application différenciée concerne actuellement avant tout le droit comptable, qui soumet les grandes entreprises (art. 961 CO) ainsi que les entreprises dont les titres sont cotés en bourse (art. 962 al. 1 CO) à des exigences accrues et le droit de la révision qui distingue entre contrôle ordinaire, contrôle restreint et possibilité de renoncer au contrôle selon la taille de l'entreprise (art. 727 al. 1 CO *cum* art. 961 CO, art. 727a al. 1 et al. 2 CO). Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301) avait déjà introduit un nombre important d'allègements pour les petites et moyennes entreprises. L'ORAb a introduit des exigences supplémentaires pour les sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse. Comme nous le verrons plus bas, les cas se multiplient.

294 Voir aussi l'exemple du UN Global Compact et des Principes for Responsible Investment sont des exemples simples et élégants d'une «co-régulation» entre les Nations Unies et les entreprises respectivement les investisseurs institutionnels. Voir aussi FLÜCKIGER (note 117), p. 354.

295 Voir ci-dessus section C.II.2.

outils au secteur privé et facilite l'échange de bonnes pratiques plutôt que de le mettre au pilori.²⁹⁶ «*Knowing and sharing rather than naming and shaming*», dira JOHN RUGGIE, père spirituel des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.²⁹⁷ Elle fait appel à la coopération des acteurs privés, mais garantit la transparence et l'égalité des chances entre les concurrents, le fameux *level playing field*, afin que les forces du marché prennent le relai.²⁹⁸

Deuxièmement, des considérations liées à la proportionnalité peuvent justifier un accent plus grand sur les grandes sociétés. En même temps, les grandes sociétés sont politiquement plus faibles en termes relatifs que d'autres entreprises en tout cas dans le contexte suisse: derrière chaque petite ou moyenne entreprise se trouve souvent un entrepreneur qui s'identifie fortement avec celle-ci, alors que peu de personnes s'identifient à une grande entreprise surtout s'il s'agit d'une société cotée à l'actionnariat dispersé ou d'une multinationale dont les actionnaires étrangers ne disposent pas des droits politiques. Les employés et la communauté où l'entreprise est active ont certes un attachement à celle-ci, mais le lien est moins fort et parfois leurs intérêts divergent. Le résultat n'est pas nécessairement équitable ou économiquement efficient en ce sens que les grandes sociétés doivent alors supporter une charge règlementaire plus importante que les autres,²⁹⁹ sans que cette différence soit justifiable objectivement en raison de la différence de taille. Le problème est d'autant plus marqué si la loi se rattache non pas à la taille de l'entreprise, mais à la cotation en bourse ou, plus arbitraire encore, la forme juridique. Il en résulte alors une distorsion de la concurrence. Par ailleurs, certaines sociétés décideront de ne pas croître ou n'auront pas recours aux marchés de capitaux pour se financer afin d'éviter ce surcoût. Il en résulte une mise en garde: le recours à la responsabilité sociétale de l'entreprise doit s'appliquer indifféremment de la forme juridique ou d'un recours à la cotation. Ces critères ne sont en effet que rarement pertinents pour satisfaire au but poursuivi par ces normes.³⁰⁰

Enfin, le recours à la responsabilité sociétale des entreprises avec son caractère mou et non contraignant permet aussi de déployer des effets au-delà des limites territoriales et du champ d'emprise de l'Etat et de formuler des normes à l'emprise globale.³⁰¹ Il est délicat pour un Etat de s'immiscer dans les affaires dans un autre Etat. La coopération internationale et le multilatéralisme connaissent aussi leurs limites. C'est une réalité des relations internationales, sans men-

296 BOHRER (note 5), p. 276.

297 JOHN RUGGIE, *Engaging Business: Addressing Respect for Human Rights*, Keynote Address, Atlanta, 25 February 2010, (<https://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/newsandstories/Ruggie_Atlanta.pdf>).

298 BOHRER (note 5), p. 275–276.

299 Voir, dans le contexte des quotas, DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 358.

300 Voir FORSTMOSER (note 13), p. 173; HÄUSERMANN (note 75), p. 500; HANS CASPAR VON DER CRONE/KARIN BEYELER/DANIEL DEDEYAN, *Stakeholder im Aktienrecht*, ZSR 2003 I p. 409 ss, p. 443 ss; WATTER/SPILLMANN (note 6), p. 115.

301 BOHRER (note 5), p. 277.

tionner les contraintes du droit international.³⁰² Là encore, il est possible de mobiliser le droit des sociétés et la responsabilité sociétale des entreprises afin de mettre en œuvre une politique publique au-delà des frontières. En se rattachant aux sociétés incorporées dans l'Etat ou ayant recours aux marchés de capitaux de cet Etat, il est possible de réglementer des acteurs qui agissent sur un plan international sans pour autant prétendre régler des questions dans la sphère d'influence d'autres Etats: alors que le droit du travail ou le droit de l'environnement ont un champ d'application local,³⁰³ il est possible par le biais d'un rattachement fondé sur le droit des sociétés de s'intéresser au comportement d'une société à l'échelle de la planète.³⁰⁴

Ce phénomène est nouveau et encore protéiforme en droit suisse: toutefois, l'examen du projet de révision du droit de la société anonyme et la question du traitement de la protection des droits de l'homme, notamment par l'initiative populaire sur les multinationales responsables, illustre qu'il existe une velléité croissante d'avoir recours au droit des sociétés afin de traiter des questions sociétales aussi divergentes que la lutte contre la corruption, la promotion de l'égalité des genres ou encore les droits humains et le droit de l'environnement.

II. Transparence sur les matières premières

La lutte contre la corruption et, plus généralement, les efforts en faveur d'une bonne gouvernance des ressources publiques constituent un élément important des efforts internationaux dans le cadre du développement durable. Il s'agit également d'un aspect important de la responsabilité sociétale des entreprises et des critères ESG que les investisseurs institutionnels peuvent prendre en compte. Plutôt que de légiférer ou réglementer directement dans ce domaine, le Conseil fédéral a proposé dans le cadre de la réforme du droit de la société anonyme d'appuyer les efforts dans ce domaine du secteur non gouvernemental en renforçant la transparence des paiements effectués au profit de gouvernements. Il reprend ainsi, à l'exemple des Etats-Unis³⁰⁵ et de l'Union européenne,³⁰⁶ les recommandations de l'Initiative pour la transparence des indus-

302 Voir EVELYNE SCHMID, Exigences internationales de prendre des mesures législatives: la Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des «entreprises et droits humains»? , PJA 2017 p. 930 ss, p. 939 ss.

303 Voir SCHENKER (note 7), p. 647.

304 BOHRER (note 5), p. 277.

305 § 1504 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010), mise en œuvre par la Securities Exchange Commission qui a adopté une nouvelle Rule 13q-1, Disclosure of Payments by Resource, 17 CFR 240 et et 249. Voir Securities Exchange Commission, Exchange Release, No 34-78167 (September 26, 2016), (<https://www.sec.gov/rules/final/2016/34-78167.pdf>).

306 Voir l'article 41 de la 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 euro-

tries extractives et les ancre dans le droit comptable suisse. L'objectif explicitement poursuivi est de lutter contre le détournement des paiements effectués dans ce cadre par une mauvaise gestion ou l'utilisation de ces ressources afin de financer des conflits.³⁰⁷ Cette voie a été privilégiée en raison de la faiblesse institutionnelle dans les pays producteurs:³⁰⁸ il n'est pas possible de compter exclusivement sur ces Etats pour éviter ces abus. Certes, la Suisse peut assister ces Etats dans la lutte contre la corruption par son propre dispositif pénal qui réprime la corruption d'agents étrangers³⁰⁹ ainsi que le blanchiment d'argent³¹⁰ ainsi que par l'entraide internationale en matière pénale.³¹¹ Toutefois, en polissant très légèrement par des instruments de publicité les entreprises ayant leur siège social en Suisse, le droit suisse contribue à encourager un comportement socialement responsable de ces entreprises, mais aussi facilite le travail des Etats étrangers et des acteurs non gouvernementaux

Le mode choisi consiste à obliger les entreprises soumises au contrôle ordinaire – c'est-à-dire les grandes entreprises et les sociétés ayant recours aux marchés de capitaux par le biais d'une cotation de leurs actions ou l'émission d'obligation d'emprunt – de publier un rapport à l'échelle de chaque société ou du groupe sur une base consolidée si elles sont actives dans les activités de production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires.³¹² Les sociétés actives dans le négoce de matières premières ne sont, en revanche, pas soumises à des obligations de transparence. Toutefois, il

péen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil (JO L 182 du 29.6.2013, p. 19) et l'article 2 (1)(d) ainsi que l'article 6 de la Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil 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, la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE (JO L 294, p. 13).

- 307 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353, 420: «*La plus grande partie d'entre elles provient des pays en développement. Or, dans ces pays, les structures de l'état de droit sont souvent insuffisantes.*»
- 308 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353, 420.
- 309 Art. 322septies CPS. Faut-il rappeler que cette norme a été introduite en droit suisse le 1^{er} mai 2000 par la loi fédérale du 22 décembre 1999 (Révision du droit pénal de la corruption), en vigueur depuis le 1^{er} mai 2000 (RO 2000 1121 1125) et a été révisé par l'Arrêt fédéral du 7 octobre 2005 (Mise en œuvre de la Conv. pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et de son Prot. add.) ((RO 2006 2371)?)
- 310 Voir généralement la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA, RS 955.0).
- 311 Voir généralement la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (Loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP, RS 351.1).
- 312 Art. 964a al. 1 et 2 P-CO (FF 2017 625). Si une entreprise ayant son siège en Suisse est incluse dans le rapport sur les paiements du groupe établi par elle ou par une autre entreprise ayant son siège à l'étranger, elle n'est pas tenue d'établir son propre rapport. Dans ce cas, l'entreprise doit

ne s'agit là pas d'un parti pris mais du reflet de la tendance internationale qui s'intéresse avant tout à l'activité d'extraction.³¹³ Afin de répondre à cette critique, l'Assemblée fédérale a donc prévu que le Conseil fédéral peut dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale, décider que ces obligations s'appliquent également aux entreprises actives dans le négoce de matières premières.³¹⁴

Ce rapport doit couvrir tous les paiements effectués au profit de gouvernements qui dépassent 100 000 francs, peu importe qu'ils soient effectués en nature ou en espèce, pour autant qu'ils soient en lien avec les activités de production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou de l'exploitation des forêts primaire.³¹⁵ Il peut ainsi s'agir de droits à la production, d'impôts ou taxes sur la production, le revenu ou le bénéfice des entreprises, des redevances et d'éventuels dividendes spéciaux, à l'exclusion d'éventuels dividende qui sont versés en raison de sa participation au capital et qui lui sont versés à des conditions identiques à celles applicables aux autres associés, aux primes de signature, de découverte ou de production, des droit de licence, de location, d'entrée et toute autre contrepartie d'autorisation ou de concessions ou, enfin, de paiement pour l'amélioration des infrastructures.³¹⁶ Le rapport doit mentionner le montant total des paiements ainsi que le montant par types de paiement au profit de chaque gouvernement et chaque projet spécifique.³¹⁷

Afin d'assurer une intégration dans la gouvernance générale de la société, ce rapport doit être approuvé par l'organe supérieur de direction ou d'administration.³¹⁸ Il doit ensuite être publié sous forme électronique dans un délai de six mois à compter de la fin de l'exercice et rester accessible pendant au moins dix ans,³¹⁹ obligation que le droit comptable n'impose, en principe qu'aux sociétés ayant des titres de participation cotés en bourse ou débitrice d'emprunt par obligation et même dans ces circonstances l'obligation de rendre accessible les compte ne dure que douze mois.³²⁰ Enfin, le rapport, les pièces justificatives et la correspondance relative à ce rapport doivent être conservés conformément à l'art. 958f CO.³²¹

L'espoir du gouvernement est de renforcer la transparence afin que les investisseurs et les banques puissent reprendre le relai et se faire une idée sur la manière dont les entreprises interviennent sur les plans économiques et financiers

indiquer dans l'annexe aux comptes annuels le nom de l'autre entreprise qui établit le rapport dans lequel elle est incluse et elle doit publier ce rapport. Art. 964a al. 3 P-CO (FF 2017 625).

313 Voir FORSTMOSER (note 13), p. 166.

314 Voir Art. 964f P-CO (suite aux délibérations des deux chambres).

315 Art. 964c al. 2 *cum* art. 964a al. 4 et 5 P-CO (FF 2017 625).

316 Art. 964b al. 1 P-CO (FF 2017 625).

317 Art. 964c al. 3 P-CO (FF 2017 625).

318 Art. 964c al. 4 P-CO (FF 2017 625).

319 Art. 964d al. 1 et 2 P-CO (FF 2017 625).

320 Voir l'art. 958e al. 1 CO

321 Art. 964e P-CO (FF 2017 625).

dans les pays producteurs. Le rôle de l'Etat est ainsi de renforcer la lutte contre la corruption non pas par les instruments classiques du droit pénal ou l'aide au développement, mais en rendant transparents les paiements officiels aux gouvernements, ce qui permet ensuite à d'autres acteurs d'identifier des cas d'abus et intervenir soit directement soit en faisant pression sur les investisseurs, les banques finançant ces activités, ou les entreprises directement.

III. Quotas féminins au sein des conseils d'administration et de la direction

La question de la représentation de chaque sexe est un autre cas où le Conseil fédéral a opté pour le recours à la responsabilité sociétale des entreprises plutôt qu'une législation contraignante.³²² Comme le constate le Conseil fédéral lui-même, la question de la définition de quota pour la représentation des deux genres au sein du conseil d'administration et de la direction fait l'objet de vifs débats.³²³ Certes, l'Etat fédéral a un mandat constitutionnel de veiller à l'égalité de droit et de fait entre les sexes.³²⁴ Toutefois, plutôt que d'imposer des quotas stricts, le Conseil fédéral a proposé de mettre en place un cadre juridique destiné à favoriser une évolution vers une plus grande diversité. En d'autres termes, la voie préconisée consiste à faire appel par des instruments juridique à la responsabilité sociétale des entreprises à contribuer à plus de diversité dans leur conseil d'administration et leur direction.³²⁵ Il s'agit d'une réponse somme toute très modeste qui vient réagir face à l'échec de l'autoréglementation: le Conseil fédéral motive, en effet son intervention non seulement par le fait que la représentation n'est pas équilibrée dans les faits, mais aussi parce que, selon lui, le Code suisse de bonne pratique en matière de gouvernement d'entreprise, qui se contente d'une remarque précisant que le conseil d'administration doit réunir des hommes et des femmes dotés des aptitudes requises,³²⁶ est trop timide à son goût et n'a pas livré de résultats concrets.³²⁷

322 Comp. SCHENKER (note 7), p. 646, pour qui cet aspect de la révision n'appartient pas à la responsabilité sociétale de l'entreprise.

323 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353, 405.

324 Art. 8 al. 3 Cst. Pour BÜHLER, (note 84), p. 17 s., il s'agit plutôt d'une mesure justifiée par des considérations fonctionnelles afin d'améliorer le gouvernement d'entreprises.

325 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 407. Voir aussi VALERIE JUNOD, «Comply or Explain»: la solution au dilemma des quotas?, RSDA 2015, p. 478 ss, p. 479 s.; URS SCHENKER, Gleichstellung – ein aktienrechtliches Thema, RSDA 2015, p. 469 ss.

326 ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprises, 2014, Ch. 12. Voir aussi Voir FRICK (note 84a), p. 436 s.

327 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 406.

La proposition de modification du code des obligations préconise ainsi de demander aux grandes sociétés cotées visées par l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO (mais pas les autres sociétés cotées) de respecter des quotas de représentation des deux sexes au sein du conseil d'administration et de la direction tout en leur laissant le soin de s'écarter de ce principe si elles expliquent d'une par les motifs de ce choix ainsi que les mesures prises afin de remédier à la situation.³²⁸

Par ce biais, la révision du droit de la société anonyme vient renforcer la responsabilité sociétale des entreprises de contribuer à une meilleure représentation des genres sans les y contraindre. Il fixe certes un quota de 30% pour le conseil d'administration et de 20% pour la direction,³²⁹ mais laisse non seulement les sociétés une longue période transitoire pour s'adapter et former ou recruter les talents nécessaires,³³⁰ mais aussi leur permet de renoncer au respect de la norme selon le principe «*comply or explain*». Toutefois, il ne s'agit pas d'un véritable choix: les sociétés qui ne respectent pas la norme doivent expliquer pourquoi elles n'atteignent pas le minimum prévu.³³¹ Implicitement, le texte suggère que c'est déjà un manquement pour lequel elles doivent rendre compte. Par ailleurs, dans ce cas, le projet de code des obligations impose la transparence non seulement sur les raisons de ne pas respecter la norme mais aussi sur les mesures destinées plus généralement à promouvoir le sexe le moins représenté, ce qui suggère – bien que la norme n'appelle pas de sanction – qu'une société ne peut pas rester inactive. Il n'en reste pas moins que la mesure est avant tout un appel aux entreprises de respecter la norme plutôt qu'une véritable obligation.³³² Les exigences de transparence sont d'ailleurs faibles et les moyens de mise en œuvre se limitent au contrôle ordinaire qui s'applique au rapport de rémunération.³³³

Plus encore, il faut voir que la mesure a une portée limitée. Elle ne s'applique qu'aux plus grandes entreprises qui dépassent les valeurs fixées à l'art 727 al. 1 ch. 2 CO, c'est-à-dire qui, aux cours des deux exercices précédents remplissent deux des trois critères suivants: ont une somme de bilan de plus de 20 millions de francs, réalisent un chiffre d'affaires de plus de CHF 40 millions de francs ou occupent plus de 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle. Les autres entreprises ne sont pas concernées par la mesure aussi souple qu'elle soit, même si leurs actions sont cotées en bourse ou si elles ont fait appel à financement par emprunt par obligations.

328 Art. 734f P-CO (FF 2017 625).

329 Art. 734f P-CO (FF 2017 625).

330 Art. 4 Dispositions transitoires (FF 2017 625).

331 SCHENKER (note 311), p. 476; Comp. JUNOD (note 311), p. 479.

332 DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 358; JUNOD (note 311), p. 479. Comp. SCHENKER (note 311), p. 476 qui y voit l'expression du principe de la proportionnalité.

333 DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 358; JUNOD (note 311), p. 479. Comp. SCHENKER (note 311), p. 476.

Cela étant cet appel à la responsabilité sociétale des entreprises permet de trouver une solution intermédiaire entre des quotas obligatoires, peut-être politiquement inacceptables aujourd'hui, et la passivité face à un constat insatisfaisant. Par ailleurs, il faut voir aussi que, par le biais d'une norme non contraignante et la transparence sur les mesures mise en œuvre afin de promouvoir le sexe le moins représenté, le code des obligations donne d'une part un signal clair et d'autre part collecte des informations sur des mesures qui pourront le cas échéant être intégrées dans des politiques publiques. Elle constitue donc plus qu'un ballon d'essai: il s'agit d'un coup de semonce à l'attention de l'économie privée afin que celle-ci soit moins réticente à l'avenir, faute de quoi des mesures plus contraignantes devraient être prises.³³⁴

IV. Respect des droits de l'homme et de l'environnement et Initiative sur les multinationales responsables

1. Principes internationaux

Si la protection des droits de l'homme est avant tout une mission de l'Etat, leur respect par les multinationales est sans aucun doute une des préoccupations centrales de la responsabilité sociétale des entreprises.³³⁵ Voilà plus de 40 ans que l'OCDE³³⁶ et l'OIT³³⁷ cherchent par le biais d'instruments de droit souple à engager les entreprises afin qu'elles développent leurs activités et stratégies afin de mettre en œuvre certains principes fondamentaux des droits de l'homme, du droit du travail, du droit de l'environnement et de la lutte contre la corruption. Le UN Global Compact de 2000 est ensuite venu plus explicitement demander aux entreprises d'adhérer à des principes fondamentaux dans ce domaine.³³⁸ Ce soutien s'exprime par leur engagement de contribuer à mettre en œuvre dix principes concernant les droits humains, le droit du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption.³³⁹ En 2011, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de

334 Voir Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 406, qui note que, en 35 ans, l'autoréglementation n'a pas abouti à une représentation équilibrée des hommes et femmes.

335 Voir généralement CHRISTINE KAUFMANN, *Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung*, PJA 2013, p. 744, p. 744–751 ss.

336 OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (2011)* (<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>).

337 Voir la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 86^e Session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée le 15 juin 2010) (disponible (http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/WCMS_716595/lang-fr/index.htm)).

338 Voir (<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission>).

339 Voir United Nations Global Compact, *Online Application Guide – Business Applicants*, (<http://www.unglobalcompact.org/participation/join/application/business>).

référence «protéger, respecter et réparer» sont venus mettre les entreprises à contribution dans la mise des droits de l'homme.³⁴⁰

Il s'agit là cependant d'instruments non contraignant qui ne lient pas – directement en tout cas – les entreprises.³⁴¹ Le UN Global Compact suppose une adhésion volontaire au pacte et, même dans ce cas, l'engagement reste relativement peu contraignant: il suppose que l'adhérent exprime son engagement au UN Global Compact, agisse en faveur des *Sustainable Development Goals* et enfin soumette sur une base annuelle une communication sur les progrès (Communication on Progress, COP) composé d'une déclaration du CEO exprimant son engagement continu en faveur du UN Global Compact, une description des actes concrets et une mesure des résultats.³⁴² Il en va de même pour les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: conscients des limites du droit international public, ces principes font appel à la responsabilité sociétale des entreprises – dans sa dimension non-contraignante,³⁴³ afin que les entreprises les mettent en œuvre respectent (dans le sens anglais du terme, qui se traduit en allemand par *Achtung*) les droits de l'homme.³⁴⁴ Les Principes directeurs pour les entreprises de l'OECD contiennent également des recommandations aux entreprises, mais «*le respect des Principes directeurs par les entreprises est volontaire et n'est pas juridiquement contraignant.*»³⁴⁵ En revanche, ils ont ceci d'original qu'ils exigent que les Etats adhérent mettent sur pied un point de contact national, en Suisse le SECO: (i) faire mieux connaître les Principes directeurs; (ii) contribuer à leur mise en œuvre; (iii) gérer les demandes de renseignements et contribuer à la résolution des différends (organe de dialogue et médiation informel); (iv) collaborer et échanger des expériences avec d'au-

340 Principes directeurs de 2011 relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 2011, doc. NU A/HRC/17/31.

341 Voir notamment, ISABELLE CHABLOZ/JULIE PERIARD, Responsabilité sociale des entreprises: responsabilité de la société mère ou de son conseil d'administration? in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri Castracane (éds), *Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019*, p. 319 ss, p. 323; KAUFMANN (note 321), p. 744; KAUFMANN (note 166), p. 329 ss, p. 332.

342 Voir United Nations Global Compact, Online Application Guide – Business Applicants, (<<http://www.unglobalcompact.org/participation/join/application/business>>).

343 Voir NATIONS UNIES, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, A/HRC/17/31, ch. 14: «*La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les États et les entreprises; à intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée globale qui soit logiquement cohérent; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant; et à voir comment il convient de l'améliorer. Chaque principe est assorti d'un commentaire qui en précise le sens et les incidences.*»

344 KAUFMANN (note 135), p. 510.

345 OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011, Partie I, ch. 1.

tres points de contact nationaux; (v) présenter un rapport annuel de ses activités à l'occasion de la réunion annuelle des points de contact nationaux.³⁴⁶ Toutefois, ce mécanisme de résolution des différends relève de la médiation et n'est pas comparable pas à une mise en œuvre d'une responsabilité juridique.³⁴⁷

2. *La mise en œuvre en Suisse: Plan d'action du Conseil fédéral de 2015*

En réponse à la pétition «droit sans frontière»³⁴⁸ et divers postulats et motions présentés au parlement, le Conseil fédéral s'est penchée sur le plan politique sur les modalités de la mise en œuvre des principes internationaux sur le respect des droits de l'homme:³⁴⁹ ainsi, la Commission de politique extérieure du Conseil national rejeta cette pétition mais déposa un postulat au Conseil fédéral de préparer un rapport de droit comparé sur la question.³⁵⁰ Dans son rapport sur la question, le Conseil fédéral prépara à la question concluant qu'il n'y avait pas lieu d'intervenir sur le plan législatif et qu'une action concertée sur le plan internationale serait préférable, si nécessaire.³⁵¹ Conseil fédéral opta de ne pas imposer des obligations particulières aux entreprises dans ce domaine, préférant faire appel à la responsabilité sociale des entreprises. Il décida en lieu et place de préparer un rapport détaillé sur la question de la responsabilité sociétale des entreprises afin d'expliquer l'approche suivie: celle-ci se fonde ainsi sur une approche mixte destinée à renforcer et soutenir la mise en œuvre volontaires des principes de la responsabilité sociétale des entreprises.³⁵² Cette approche était censée permettre aux entreprises d'assumer leur responsabilité tout en leur laissant le soin de tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles elles opèrent.³⁵³

346 OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011, Partie II, ch. 1. Voir aussi KAUFMANN (note 321), p. 744; KAUFMANN (note 166), p. 332 s.

347 BOHRER (note 5), p. 274.

348 Voir (< <http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/>>).

349 Voir généralement à ce sujet Message relatif à l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement» du 15 septembre 2017, FF 2017 5999, 6001; BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 9.

350 Voir Commissions de politique extérieure du Conseil national, La commission demande un rapport au Conseil fédéral. Communiqué de presse du 30 octobre 2012, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2012/mm-apk-n-2012-10-30-2.aspx?lang=1036>.

351 Divers mécanismes de diligence possibles pour les entreprises, Communiqué de presse du 28 mai 2014, <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2014/2014-05-28.html>.

352 Voir La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1^{er} avril 2015 (<https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf>), p. 9.

353 Voir La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1^{er} avril 2015 (<https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf>), p. 9.

3. *L'initiative sur les multinationales responsables*

L'Initiative sur les multinationales responsables³⁵⁴ vise à changer cela en attachant des conséquences juridiques au non-respect des standards internationaux dans ce domaine: elle prescrit ainsi que «*les entreprises doivent respecter à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales; elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent.*»³⁵⁵

En principe, l'initiative s'adresse à toutes les entreprises privées ou publiques, peu importe leur forme juridique. Elle aménage la possibilité de prévoir des petites entreprises qui ne sont pas actives dans un secteur à haut risque.³⁵⁶ Elle exige que toutes les entreprises fassent preuve de diligence afin d'éviter de répondre non seulement des violations. La diligence requise exige ainsi notamment «*d'examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des mesures prises.*»³⁵⁷ Il en résulte une véritable obligation contraignante de respecter ces principes. Il faut voir le défi que pose cette obligation de diligence face à des normes indéterminées: en principe, la protection des droits de l'homme revient à l'Etat qui peut et doit positivement en assurer la mise en œuvre effective. Les entreprises ne sont pas destinataires des obligations prévues par le droit international³⁵⁸ ou les normes destinées aux entreprises n'ont pas une nature contraignante.

L'obligation de diligence prévue par l'Initiative ne s'étend pas seulement aux activités de l'entreprise (plus exactement la personne morale concernée), mais qui, aussi d'entreprises qu'elle contrôle. Le texte de l'initiative définit à ce titre les entreprises contrôlées de façon particulière et couvre s'intéressent ainsi aux rapports effectifs: il ne suffit donc pas que l'entreprise soit en mesure de contrôler une autre afin d'être tenue responsable, il faut que ce pouvoir soit

354 Initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», FF 2015 2979.

355 Art. 101a al. 2 lit. a P-Cst.

356 Art. 101a al. 2 lit. b P-Cst. Voir à ce propos Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», p. 35 et 39. (<https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf>); Voir critique sur la portée de ces exceptions, BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 18; LUKAS HANDSCHIN, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, PJA 2017, p. 998 ss, p. 1003.

357 Art. 101a al. 2 lit. b P-Cst.

358 BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 19–20; ANDREAS BOHRER, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland? Überlegungen zur «Konzern -Initiative», GesKR 2017, 323 ss, p. 325–326.

effectivement exercé.³⁵⁹ En même temps, le vecteur du contrôle est indifférent et les initiant précisent que «*le contrôle peut résulter d'un lien de pouvoir économique*», par exemple qu'exerce une entreprise sur un de ces fournisseurs.³⁶⁰ Plus encore, ces obligations de diligence s'étendent non seulement aux entreprises contrôlées mais aussi à l'ensemble des relations d'affaires, sans qu'il ne soit clair dans le second cas quelle sont les limites de ce devoir de diligence dans les affaires d'un tiers³⁶¹ et quelle est la conséquence d'une violation de l'obligation de diligence.³⁶² Le but est clair: il s'agit d'assurer le respect de ses standards de diligence non seulement en Suisse mais aussi à l'étranger. Les entreprises suisses devraient à ce titre s'intéresser non seulement aux sociétés de leur groupe qu'elles contrôlent, mais aussi à des tiers.

Enfin, s'inspirant du modèle de l'art. 55 CO qu'elle applique aux groupes d'entreprises compris au sens large, mais non aux autres relations d'affaires,³⁶³ l'Initiative sur les multinationales responsables instaure un régime de responsabilité causale avec preuve libératoire: il suffit au demandeur d'établir qu'une violation des droits de l'homme ou l'atteinte à l'environnement imputable à l'entreprise ou une entreprise contrôlée ait causé un dommage pour que la responsabilité soit donnée. Une fois le lien de subordination établi, peu importe que l'entreprise contrôlée ait agi dans l'intérêt ou pour l'entreprise contrôlante.³⁶⁴ L'entreprise peut toutefois se libérer en apportant la preuve de sa diligence.³⁶⁵ La question de la diligence requise pour apporter la preuve libératoire

359 Art. 101a al. 2 lit. a P-Cst *in fine*.

360 Initiative multinationales responsables, Explications sur le texte de l'initiative, Factsheet V, (<https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/3.2_KVI_Factsheet_5_F_low.pdf>); Voir à ce sujet HANDSCHIN (note 356), p. 1001. KARL HOFSTETTER, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, RSJ 2019, p. 271 ss, p. 279. Voir, plus nuancés, Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», p. 42–43. (<https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf>). Voir aussi BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 16, qui mettent en évidence que cette définition remonte à l'ancien concept utilisé dans les normes comptables internationales qui ne sont plus en vigueur depuis 2012.

361 Voir BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 46; HANDSCHIN (note 356), p. 1002.

362 Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», p. 37. (<https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf>), précisant qu'il ne s'agit pas d'un chef de responsabilité délictuelle et n'a pas de conséquence en terme de responsabilité délictuelle, mais seulement d'obligation de diligence (sans devoir d'agir!) et de transparence.

363 Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», p. 41–44. (<https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf>). Voir la critique de HOFSTETTER (note 340), p. 274 ss.

364 BOHRER (note 338), p. 329; CHRISTINE KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzlose Verantwortlichkeit?, RSDA 2016, p. 45 ss.

365 Art. 101a al. 2 lit. c P-Cst. Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environne-

devient alors essentielle et le caractère indéterminé de la norme soulève un problème de sécurité du droit,³⁶⁶ ce d'autant qu'il s'agit d'un chef de responsabilité primaire, qui s'applique même s'il est possible de rechercher la société contrôlée.³⁶⁷

L'ensemble s'applique à toutes les sociétés ayant un siège en Suisse, compris largement afin d'inclure tant le siège statutaire que le lieu de l'administration centrale ou de l'établissement principal,³⁶⁸ ainsi qu'indirectement aux sociétés du groupe, indifféremment du droit applicable selon le droit international privé.³⁶⁹

A ce titre, l'initiative sur les multinationales responsables fait bien plus que d'imposer le respect des normes de responsabilité sociétale des entreprises: elle en change fondamentalement la nature. Alors que, jusqu'à présent, ces normes fondées sur le volontariat n'avaient pas d'effet obligatoire pour les entreprises,³⁷⁰ elles deviennent par le biais du jeu de l'initiative sur les multinationales responsables de véritables normes de droit dont la violation entraîne la responsabilité civile de l'entreprise.³⁷¹ De ce fait, le respect de ces normes ne relève plus de la «simple» responsabilité sociétale des entreprises mais d'obligations juridiques au sens strict du terme.³⁷²

La méthode peut *a priori* paraître élégante de prime abord. Toutefois, elle déforme les instruments du droit international: est-ce que des normes internationales non-contraignante pour les entreprises peuvent être reprises en bloc dans l'ordre juridique national et mises en œuvre en tant que chef de responsabilité?

ment, p. 41–44. (<https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf>).

366 Voir HOFSTETTER (note 340), p. 277; ROLF H. WEBER, *Auf dem Weg zu einem neuen Konzept der Unternehmensverantwortlichkeit?*, RDS 2016 I p. 25 ss, p. 27 s. Voir aussi KAUFMANN (note 166), p. 340–341 en faveur d'une référence explicite aux standards de l'OECD.

367 SCHENKER (note 7), p. 648. Voir aussi BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 49 ss.

368 Art. 101a al. 2 P-Cst. Voir à ce sujet HANDSCHIN (note 356), p. 999.

369 Art. 101a al. 2 lit. d P-Cst. Voir à ce sujet BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 62 ss.

370 BOHRER (note 5), p. 277; SCHENKER (note 7), p. 648. Voir NATIONS UNIES, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*, A/HRC/17/31 ch. 14: «*La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les États et les entreprises; à intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée globale qui soit logiquement cohérent; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant; et à voir comment il convient de l'améliorer. Chaque principe est assorti d'un commentaire qui en précise le sens et les incidences.*»

371 Dans ce sens, HOFSTETTER (note 340), p. 277. Comp. Association initiative multinationales, *Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement*, p. 22 ss. (s'agissant des droits de l'homme internationalement reconnus) et p. 28 ss (s'agissant des normes sur l'environnement). (<https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf>).

372 Comp. FLÜCKIGER (note 117), p. 319 qui traite ce cas de figure de norme semi-obligatoire.

Il ne s'agit pas là de remettre en question la légitimité de ces normes³⁷³ ou le fait – à mon avis reconnu par les standards – que la responsabilité de protéger les droits de l'homme revient en première ligne aux Etats,³⁷⁴ mais bien de plus de déterminer si ces normes avaient vocation à imposer des obligations aux entreprises et, plus encore, de constituer un chef de responsabilité civile pour les entreprises. En effet, bien souvent ces normes ont obtenu le soutien des différentes parties prenantes, parce qu'elles n'imposaient pas d'obligations mais appelaient seulement un soutien de principe non contraignant.³⁷⁵

A ce titre, la démarche devrait être plus subtile: plutôt qu'adopter en bloc les standards internationaux et en faire des principes obligatoires pour les entreprises, il aurait plutôt fallu mettre en œuvre ces standards dans le cadre du droit national et préciser les attentes concrètes que l'ordre juridique suisse formule à l'égard des entreprises.³⁷⁶ Idéalement, cet exercice devrait se faire à l'échelle internationale afin de garantir une solution harmonieuse.³⁷⁷ Puis, ces standards mis en œuvre en droit national, il aurait été opportun également de se poser la question de savoir si la responsabilité civile constitue le meilleur moyen d'assurer le respect de ces normes. Peut-être le droit des sociétés ou le droit commercial plus généralement aurait pu être mobilisé afin d'assurer la transparence sur les efforts en matière de vigilance pour le respect des principes ESG?³⁷⁸ Peut-être qu'il aurait fait sens de donner plus de chance aux instruments de résolution des litiges mis en place dans le cadre d'initiative internationale comme le système des Points de compétence nationale mis en place dans le cadre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales?³⁷⁹ Si le recours à des normes contraignantes s'avérait inévitable, plutôt que de recourir à la responsabilité civile, un cadre de droit administratif ou, dans des cas particulièrement graves, de droit pénal aurait été plus approprié.³⁸⁰

373 Comp. HOFSTETTER (note 340), p. 277, qui remet en question le fait que les standards internationaux ne disposent pas de la légitimité démocratique d'une loi suisse.

374 HOFSTETTER (note 340), p. 277.

375 BOHRER (note 5), p. 277.

376 Voir SCHENKER (note 7), p. 647. Voir à ce titre NATIONS UNIES, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, A/HRC/17/31, ch. 15: *«Les Principes directeurs ne sont pas conçus pour autant comme une boîte à outils, qu'il suffit de prendre sur l'étagère et d'utiliser aussitôt. Certes, ils sont en soi universellement applicables mais leurs modes d'application illustreront le fait que nous vivons dans un monde qui compte 192 Etats membres de l'ONU, 80 000 entreprises transnationales, 10 fois plus de filiales et des millions et des millions de firmes nationales, dont la plupart sont des petites et moyennes entreprises. Ainsi, au stade des moyens de mise en œuvre, aucune solution unique ne s'impose.»*

377 BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 23.

378 Voir CHABLOZ/PERIARD (note 327), p. 324.

379 Voir BOHRER (note 5), p. 274; KAUFMANN (note 321), p. 744; KAUFMANN (note 166), p. 332 s.

380 Les initiants reconnaissent toutefois que la responsabilité délictuelle constitue l'élément essentiel de leur projet, mais concèdent que l'initiative devra être mise en œuvre dans l'ensemble de

Sans aucun doute le vecteur choisi pour exprimer cette volonté politique, l'initiative populaire, est responsable de ce défaut: destinée à répondre à l'absence de volonté du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale de mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies qui a été ressentie par les initiants,³⁸¹ elle vise à fixer des jalons pour la procédure législative normale afin de limiter le pouvoir d'appréciation du législateur au sens formel. Autrement dit, les initiants ont essayé d'éviter de voir leur projet dilué voir détourné par l'administration fédérale, le Conseil fédéral ou le parlement.³⁸² Toutefois, le résultat final reste fondamentalement paradoxal: une tentative de rendre obligatoire des instruments qui avaient initialement revêtu une nature non contraignante afin d'obtenir l'adhésion du plus grand nombre. De l'autre côté, l'incapacité du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale de trouver une solution politiquement acceptable pousse les acteurs, de part et d'autre, vers une solution du tout ou rien, qui ne conduit pas à une réponse satisfaisante.

4. *Contre-projet indirect*

Sur le plan politique, le Conseil fédéral décida de recommander le rejet de l'initiative sans proposer de contre-projet direct ou indirect.³⁸³ Le Conseil national décida, dans le cadre du projet de révision du droit de la société anonyme, de lui opposer un contre-projet indirect. Ce contre-projet se distinguait de l'Initiative principalement en ce qu'il limitait le cercle des normes constituant la base de l'obligation de diligence et atténuant l'étendue de la responsabilité pour les faits de sociétés contrôlées.³⁸⁴ Ce contre-projet fut toutefois rejeté par le Conseil des Etats. Le Conseil fédéral intervint alors auprès du Conseil des Etats afin d'instaurer une obligation de rendre compte dans un rapport de durabilité sur le respect des droits humains et des normes environnementales sans pour autant imposer de nouvelles normes de responsabilité civile.³⁸⁵ Ce contre-projet fut à

l'ordre juridique. Voir Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», p. 13 (https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf).

381 Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», p. 8 ss (https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf).

382 Voir, en tant que tel, le rapport explicatif de 59 pages préparés par les initiants qui explique que l'initiative doit être mise en œuvre conformément à la volonté des initiants. Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», p. 16 (https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf).

383 Voir Message relatif à l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement» du 15 septembre 2017, FF 2017 5999, 6001.

384 Voir Hofstetter (note 340), p. 277; Kaufmann (note 166), p. 329 ss,

385 Voir Conseil fédéral, Communiqué: Les entreprises suisses appelées à rendre compte du respect des droits humains et des normes environnementales, 14 août 2019, (https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2019/ref_2019-08-140.html).

son tour refusé par le Conseil national. En fin de compte, les chambres sont parvenues à un accord sur proposition de la Conférence de conciliation.

a. Rapport sur les questions non financières

Le contre-projet propose maintenant à l'exemple du droit européen³⁸⁶ d'imposer une obligation de transparence sous la forme d'un rapport non financier à toutes les sociétés d'intérêt public au sens de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005,³⁸⁷ c'est-à-dire les sociétés dont les actions sont cotées en bourse ou qui ont débitrice d'un emprunt par obligation et les sociétés importantes du groupe de l'art. 727 al. 1 let. c CO ainsi que les sociétés assujetties à la FINMA obligée de se soumettre à un audit par une société d'audit, qui, de plus, ont un effectif de 500 emplois à plein temps au moins en moyenne annuelle, ainsi que, une somme de bilan de plus de 20 millions de francs ou un chiffre d'affaires annuel de plus de 40 millions de francs.³⁸⁸ Ce rapport doit rendre état des activités de l'entreprise et de l'ensemble des autres entreprises suisses ou étrangère qu'elle contrôle seule ou conjointement.

Ce rapport non financier rend compte des questions environnementales, notamment des objectifs en matière de CO₂, des questions sociales, des questions de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption. Le rapport contient les informations qui sont nécessaires pour comprendre l'évolution des affaires, la performance et la situation de l'entreprise ainsi que les incidences de son activité sur ces questions.³⁸⁹ Plus précisément ce rapport doit comprendre une description du modèle commercial³⁹⁰ et des concepts appliqués pour assurer le respect des principes et la procédure de diligence mise en œuvre.³⁹¹ Ce rapport doit également comprendre une description des mesures prises en application de ces concepts et une évaluation de leur efficacité.³⁹² Par ailleurs, le rapport rend compte des principaux risques et la manière dont l'entreprise les gère.³⁹³ Dans ce cadre, elle doit prendre en compte tant les risques qui découlent de son activité propre, mais aussi les risques, dans la mesure où cela s'avère pertinent et proportionné, de ses relations d'affaires, de ses produits ou de ses services.³⁹⁴ Enfin, afin de répondre au besoin de

386 Voir Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE. Voir généralement C. V.2.a.

387 Art. 2 let. c Loi sur la surveillance de la révision, LSR, SR 221.302.

388 Art. 964bis P-CO.

389 Art. 964ter al. 1 P-CO

390 Art. 964ter al. 2 ch. 1 P-CO

391 Art. 964ter al. 2 ch. 2 P-CO

392 Art. 964ter al. 2 ch. 3 P-CO

393 Art. 964ter al. 2 ch. 4 P-CO

394 Art. 964ter al. 2 ch. 4 lit. a et b P-CO

comparabilité, le rapport doit aussi comprendre des indicateurs clés de performance.³⁹⁵

De façon intéressante, le contre-projet permet aux entreprises de préparer leur rapport sur la base d'une réglementation nationale, européenne ou internationale, comme les principes directeurs de l'OCDE.³⁹⁶ Il ne s'agit toutefois pas d'un cas de *substitute compliance*³⁹⁷ en ce sens que le respect de ces normes ne libère pas des exigences du droit suisse. Au contraire, dans ce cas également le droit suisse doit être respecté le cas échéant en rédigeant un rapport supplémentaire.

Il convient néanmoins d'insister sur deux faits: le contre-projet n'impose en définitive pas d'obligation de respecter les droits de l'homme ou les normes sur l'environnement. Il s'agit d'un cas d'application du principe *comply or explain*. Si une entreprise n'entend pas appliquer de concept sur tout ou partie des principes ESG, elle peut le faire, mais elle doit alors intégrer dans son rapport une explication claire et motivée des raisons le justifiant.³⁹⁸ Bien entendu, la menace est claire: avec le rapport les actionnaires, les parties prenantes et l'Etat ont un outil d'information leur permettant d'identifier les déviants. Si la norme n'est pas mise en œuvre volontairement, il est possible de prévoir qu'elle deviendra à terme obligatoire.

Le rapport sur les questions non financières doit être approuvé et signé par l'organe suprême de direction ou d'administration, c'est-à-dire le conseil d'administration d'une société anonyme, et approuvé par l'organe compétent pour l'approbation des comptes annuels, c'est-à-dire l'assemblée générale d'une société anonyme.³⁹⁹ Il doit ensuite être publié électroniquement immédiatement après son approbation et rester accessible pendant au moins dix ans.⁴⁰⁰ En revanche, il ne doit pas être contrôlé que ce soit dans le cadre d'un contrôle complet ou restreint.

b. Devoir de diligence et transparence en matière de minerais provenant de zone de conflits et de travail des enfants

Le contre-projet laisse une obligation de diligence qui comprend la chaîne d'approvisionnement pour les entreprises dont le siège, l'administration centrale ou l'établissement principal se trouve en Suisse si elles mettent en libre circulation ou traitent en Suisse «des minerais ou des métaux constitués d'étain, de tantale, de tungstène ou d'or de zone de conflit et de haut risque» ou si elles offrent des

395 Art. 964ter al. 2 ch. 5 P-CO

396 Art. 964ter al. 4 P-CO

397 Voir sur la *substitute compliance*, l'art. 95 LIMF. Voir généralement RASHID BAHAR, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (éds) Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3^e éd., Bâle 2019, art. 96 LIMF, N 1 ss.

398 Art. 964ter al. 5 P-CO.

399 Art. 964quater al. 1 P-CO.

400 Art. 964quater al. 2 P-CO.

biens ou des services, pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants.⁴⁰¹

Ces obligations reprises en parties du droit européen⁴⁰² et inspirées par le droit américain⁴⁰³ s'appliquent en principe à toutes les entreprises, peu importe qu'elles soient cotées ou non. En principe, il appartient dès lors – à raison – à toutes les entreprises petites ou grandes de se poser la question de savoir si leur chaîne d'approvisionnement présente un soupçon fondé d'utilisation de minerais ou métaux issues de zone de conflits ou de recours au travail des enfants. Toutefois, le Conseil fédéral se voit à ce titre déléguer la compétence de déterminer les volumes annuels d'importations jusqu'auxquels les entreprises les entreprises sont libérées de leurs devoir de diligence et de rapport⁴⁰⁴ De même, le Conseil fédéral peut aussi déterminer des conditions auxquelles les petites et moyennes entreprises sont libérées du risque d'examiner la présence de soupçon fondée de travail des enfants.⁴⁰⁵

Par ailleurs, le Conseil fédéral dispose également de la compétence d'exempter les sociétés du respect des normes du code des obligations dans ce domaine si elles respectent une réglementation internationalement reconnue et équivalente, comme les principes de l'OCDE.⁴⁰⁶ Il s'agit là d'un véritable cas de *substitute compliance* qui libère intégralement du respect du droit suisse en cas d'application d'une norme équivalente.

Le devoir de diligence, appelé à être concrétisé par le Conseil fédéral sur la base des principes directeurs de l'OCDE,⁴⁰⁷ comprend une obligation de mettre en place un système de gestion couvrant leur politique relative à la chaîne d'approvisionnement que ce soit en lien avec les minerais provenant potentiellement de zone de conflits ou avec les biens et services pour lesquels un soupçon fondé de travail des enfants existe et un système qui permet d'établir la traçabilité de la chaîne d'approvisionnement.⁴⁰⁸ Par ailleurs, les entreprises doivent également dans ce cadre identifier et évaluer les risques négatifs pouvant découler de leur chaîne d'approvisionnement et mettre en place un système de gestion des risques accompagnés de mesures destinées à minimiser ces risques.⁴⁰⁹ Il s'agit là ainsi d'une norme particulière: l'obligation de diligence est imposée à

401 Art. 964g al. 1 ch. 1 et 2 P-CO.

402 Voir le Règlement (UE) 2017/821.

403 Voir § 1502 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010) mis en œuvre par Securities Exchange Commission, Exchange Release, No 34-67716 (November 16, 2012), (<https://www.sec.gov/rules/final/2012/34-67716.pdf>).

404 Art. 964g al. 2 P-CO.

405 Art. 964g al. 3 P-CO.

406 Art. 964g al. 4 P-CO.

407 Art. 964h al. 4 P-CO.

408 Art. 964h al. 1 P-CO.

409 Art. 964h al. 2 P-CO.

l'entreprise par le droit privé à sans pour autant définir de créancier qui peut se prévaloir de ce devoir.

En réalité la mise en œuvre passe par d'autre mécanisme: ce régime, s'agissant des minerais de zone de conflits, sera accompagné d'une obligation de soumettre l'entreprise à la vérification par un expert indépendant.⁴¹⁰ En parallèle, la mise en œuvre des devoirs de diligence doit faire l'objet d'un rapport annuel soumis aux mêmes exigences quant à son approbation et sa publication que le rapport sur les questions non financières.⁴¹¹ Le mécanisme de la transparence à l'attention des investisseurs et du public reprend dans ce domaine également le relai.

c. *Sanction pénale*

Les exigences de diligence et de transparence du contre-projet ne font pas l'objet de norme de responsabilité civile particulière. Cela ne signifie pas qu'elles sont sans effet: elles contribuent indirectement à faciliter la mise en œuvre d'une action en responsabilité civile contre une entreprise ayant violé ses obligations générales et commis de ce fait un acte illicite. En effet, en faisant la transparence sur les mesures prises (ou leur absence), ces rapports rendent la tâche d'un demandeur plus aisée sans pour autant modifier le régime de responsabilité civile.

Plus encore, le contre-projet prévoit de punir par une amende de 100 000 francs au plus, le fait de donner de fausses indications dans les rapports sur les questions non financières ou ceux sur les minerais de zone de conflits et le travail des enfants, l'omission de préparer un rapport ainsi que les obligations légales de conservation et de documentation liées à ces rapports⁴¹². La négligence est également punissable d'une amende de 50 000 francs au plus.⁴¹³

V. Synthèse

En fin de compte, l'Etat s'est emparé désormais de la responsabilité sociétale des entreprises afin d'en faire un moyen de mise en œuvre des politiques publiques. Plutôt que d'intervenir par la réglementation prescriptive du droit administratif, il mobilise les entreprises afin qu'elles contribuent à la concrétisation du programme politique. Cette technique a certes l'avantage de la flexibilité et de l'efficacité: elle permet aux sociétés de choisir si elles entendent se soumettre à la norme, avec la promesse qu'elle sera lors mieux intégrée et respectée.

Le droit des sociétés cesse alors d'être un droit qui définit l'organisation de la personne morale pour devenir un moyen de mobiliser l'organisation afin

410 Art. 964*h* al. 3 P-CO.

411 Art. 964*i* P-CO.

412 Art. 325*ter* al. 1 P-CPS

413 Art. 325*ter* al. 2 P-CPS.

d'atteindre des objectifs politiques. Fondamentalement, il n'y a rien de choquant à cela: les entreprises, et les sociétés anonymes en particulier, ont un impact important sur notre société. Cet impact, elles le doivent en partie à l'Etat qui leur reconnaît dans le cadre du droit privé la personnalité morale et, plus généralement, une structure juridique qui leur permet de recueillir des capitaux du public grâce à des actions librement ou du moins aisément transmissibles. Dans ce contexte, l'appel à la responsabilité sociétale des entreprises prend une autre dimension: elle constitue un trait d'union entre l'intervention de l'Etat et la libre concurrence sur le marché. En renforçant le caractère pro-social des entreprises, l'Etat s'évite les coûts financiers et politiques d'une intervention plus directe. Il peut aussi agir de façon plus ciblée, en s'adressant aux plus larges entreprises son action devient plus effective. Cette approche molle permet aussi aux Etats de franchir les frontières et déployer une action globale.

La tendance était modeste en droit suisse jusqu'à récemment. Toutefois, dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, nous avons désormais trois champs d'action où le recours à la responsabilité sociétale des entreprises se manifeste: tout d'abord, les normes sur la transparence sur les matières premières constituent la forme la plus simple de mobilisation du secteur privé et de la responsabilité sociétale. Ils obligent les entreprises à rendre compte dans un rapport public de leur activité, concrètement dans le contexte des industries extractives, les versements aux gouvernements. Cette transparence renforce d'une part l'effet disciplinant qu'exerce la réputation sur les entreprises concernées et, d'autre part, facilite l'intervention d'autres acteurs étatiques ou non gouvernementaux (journalistes et organisations non gouvernementales). En revanche, ces normes ne sont pas accompagnées de mécanisme de contrôle ou de mise en œuvre particuliers.

Les quotas féminins au sein du conseil d'administration et de la direction forment une seconde approche légèrement plus incisive: la réglementation exige que les grandes sociétés cotées remplissent des quotas de représentation des deux sexes au sein du conseil d'administration et de la direction. Toutefois, cette prescription n'est pas accompagnée d'une sanction au sens propre. Au contraire, le code des obligations applique une variante du principe *comply or explain* et demande aux entreprises qui n'atteignent pas le quota d'expliquer non seulement les raisons pour lesquelles l'objectif légal n'est pas rempli, mais aussi les mesures prises afin de promouvoir les mesures prises pour corriger le tir à l'avenir. Dans une perspective de politique législative, cette intervention légale se comprend comme une réaction à l'incapacité du secteur privé que ce soit à l'échelle des entreprises ou du secteur dans son ensemble d'adopter volontairement un mécanisme efficace afin de mettre en œuvre le mandat constitutionnel de l'art. 8 al. 3 Cst.

Le troisième exemple d'intervention étatique ajoute un degré de complexité à l'exercice: l'impulsion est venue cette fois non pas de l'exécutif fédéral, mais d'acteurs politiques mécontents de l'inaction du Conseil fédéral. C'est ainsi que

l'initiative populaire sur les multinationales responsables est venue imposer aux sociétés suisses de veiller au respect des droits de l'homme et des principes relatifs à la protection de l'environnement au sein des sociétés qu'elles contrôlent et même dans leurs rapports avec leurs fournisseurs. Plus encore, cette initiative demande un instrument pour fort afin de garantir l'effectivité des normes qu'elle prescrit: la responsabilité civile. Elle impose, s'inspirant du modèle de l'art. 55 CO, une responsabilité causale de la société mère pour les sociétés qu'elles contrôlent, mitigée par la possibilité offerte au défendeur d'apporter la preuve libératoire qu'elle a exercé la diligence requise en matière de respect des droits de l'homme et de protection de l'environnement, notion qui reste toutefois indéterminée. Ce faisant, cet instrument ne fait plus appel à la responsabilité sociétale des entreprises, mais franchit un seuil supplémentaire et impose de nouvelles obligations aux acteurs économiques.

La réponse de l'Assemblée fédérale sous la forme d'un contre-projet indirect, en revanche, continue à mobiliser activement les entreprises au service de la responsabilité sociétale des entreprises: sous réserve de deux questions très particulières, les minerais et métaux issus de zones de conflits et le travail des enfants où la loi prévoit des obligations de diligence, il fait avant tout appel à la transparence et demande aux grandes sociétés cotées et sociétés assujetties à un audit prudentiel de préparer un rapport non financier dans lequel elles rendent compte de leurs activités en matière de protection de l'environnement et de respect des droits de l'homme. Il ne demande pas aux entreprises de faire plus que ce que leur prescrit la loi, mais d'expliquer ce qu'elles font et, si elles ne font rien, de justifier ce choix. Le respect de ces obligations ne fait pas l'objet d'un contrôle par une société d'audit, mais le rapport devra être soumis à l'approbation de l'assemblée générale, qui a dans ce contexte une fonction avant tout symbolique. Toutefois, le contre-projet fait intervenir le droit pénal afin de sanctionner les fausses indications dans les rapports sur les questions non financières ou ceux sur les minerais de zone de conflits et le travail des enfants, l'omission de préparer un rapport ainsi que les obligations légales de conservation et de documentation relatives à ces rapports. Par ce biais, il prête le concours de l'Etat et du droit pénal afin de veiller à ce que les informations sur la responsabilité sociétale des entreprises soient fiables, mais laisse aux entreprises le choix de répondre ou non aux attentes de la communauté et aux parties prenantes d'en tirer les conséquences.

En définitive, la révision du droit de la société anonyme qui vient d'aboutir a conduit à un ancrage de la responsabilité sociétale des entreprises en droit positif suisse. Elle mobilise cet instrument afin de mettre en œuvre des politiques publiques diverses: la lutte contre la corruption, le renforcement de l'égalité entre les sexes ou encore le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement. Sans faire appel à la contrainte ou à une réglementation de droit public prescriptive dont le respect est surveillé par une autorité administrative, elle demande avant tout la transparence. Parfois, par exemple, dans le

contexte de la représentation féminine au sein du conseil d'administration et de la direction, elle formule des attentes concrètes. Parfois, elle se contente de demander des informations sur les mesures prises et des explications quant à l'absence de mesures. Cependant, dans tous les cas, elle ancre clairement une attente de l'Etat à l'égard du secteur privé de faire plus que respecter la loi et d'adopter un comportement socialement responsable.

E. Conclusion

Au terme de ce rapport, un constat s'impose: la responsabilité sociétale des entreprises est devenue une composante importante du droit de la société anonyme ou, plus généralement, du droit de l'entreprise. Peu importe que l'on adopte une approche *bottom up* ou au contraire une approche *top down*. D'un côté le droit de la société anonyme permet voire exige que les organes sociaux dans la poursuite du but lucratif prennent en compte la responsabilité sociétale de l'entreprise et fassent plus que «simplement» respecter la loi. Il leur permet de s'engager activement en faveur du bon fonctionnement de la communauté à laquelle la personne morale appartient et à qui elle doit son existence. De l'autre côté, l'Etat ne se limite pas à adopter des normes prescriptives. En lieu et place, il recourt à cet instrument dans la mise en œuvre des politiques publiques. A ce titre, il ne se contente pas de formuler un appel à la responsabilité sociétale des entreprises mais prête son concours afin de renforcer son effectivité.

Dans sa dimension libérale fondée sur l'autonomie de la volonté des personnes morales, la responsabilité sociétale des entreprises s'inscrit dans le pouvoir d'appréciation des organes. Les organes doivent en tenir compte dans la poursuite du but social ou au titre de leur devoir de diligence. Certes, les impératifs de la sécurité du droit et la *business judgment rule* dans sa concrétisation suisse permettent aux dirigeants de les intégrer tant dans leurs actes de représentation que dans le cadre de la gestion des affaires sociales. Cependant, ces mêmes arguments permettent aux dirigeants de les ignorer tant qu'ils agissent de bonne foi libre de conflits d'intérêts. Ce constat vaut d'autant plus que la responsabilité civile du droit de la société anonyme ne constitue pas un instrument efficace de mise en œuvre de ce devoir: hors faillite, la société et ses actionnaires peuvent intenter une action pour réparer un dommage qui est causé indirectement. Les autres parties prenantes n'ont pas leur voix au chapitre.

Dès lors, il faut plutôt se tourner vers les instruments sociaux et l'exercice du droit de vote. Ce phénomène a d'ailleurs pris de l'ampleur avec le développement des investisseurs institutionnels et la tendance croissante d'imposer à ces acteurs une obligation d'exercer les droits de vote. Toutefois, une étape supplémentaire devrait être franchie pour que les investisseurs prennent véritablement le relais: les investisseurs institutionnels devraient être intégrés dans le mouvement de la finance durable. En définitive, c'est la transparence qui impose la

contrainte la plus forte: les sociétés doivent se tenir aux règles auxquelles elles se soumettent volontairement et rendre compte de leurs actes. Le régime actuel est toutefois trop timide faute d'instruments destinés à garantir la fiabilité des informations.

C'est là que la dimension plus interventionniste qui sous-tend l'action de l'Etat dans le domaine de la responsabilité sociétale des entreprises prend le relais. Ce phénomène devient un moyen d'action de la collectivité publique afin de mettre en œuvre des politiques publiques sans avoir recours à des instruments contraignants. Plutôt que de se livrer à l'exercice coûteux de prescrire un comportement et surveiller le respect du cadre réglementaire par les administrés, l'Etat peut faire appel à l'aide des entreprises en les encourageant à adopter un comportement désirable. Les acteurs privés seront alors enclins à se soumettre à cette investive préférant une obligation souple et flexible à une obligation dure. Cette dynamique opère au mieux dans les interactions avec les grandes entreprises qui ont une réputation à perdre et ne peuvent pas espérer passer inaperçus. Par conséquent, il n'est pas surprenant que le recours à cet instrument est plus marqué pour mobiliser les grandes sociétés cotées.

D'un point de vue formel, les moyens de mise en œuvre des appels à la responsabilité sociale des entreprises sont devenus plus nombreux: certes, il s'agit avant tout d'un renforcement des normes de transparence afin que les entreprises rendent compte non seulement aux actionnaires mais au public. Toutefois, l'exigence de transparence ne reste pas entièrement neutre: les entreprises restent libres de suivre ou non les normes propagées dans ce cadre, mais doivent accepter de voir leur choix passer en revue et même justifier leurs actes s'ils ne remplissent pas les attentes de l'Etat. De plus, cette intégration dans l'information sur les entreprises a pour effet que la société ne peut pas se contenter de paroles en l'air. En effet, la crédibilité de l'information est renforcée de façon croissante par des instruments de contrôle externe par l'organe de révision, voire des sanctions pénales dans le cadre du contre-projet indirect à l'initiative sur les multinationales responsables.

De ce fait, le droit des sociétés devient politique. Certains pourront, avec nostalgie, regretter ce développement. A mon avis, ce phénomène n'est en réalité ni nouveau ni étranger au système. En effet, cela fait longtemps que le droit des sociétés est influencé par la politique: ce n'est pas un hasard que la codétermination s'est développée en Allemagne pendant l'après-guerre, pas plus que le fait que l'*enlightened shareholder value* ait vu le jour au Royaume Uni au début du millénaire. Autrement dit, le libéralisme dont fait preuve le droit suisse des sociétés n'est pas apolitique, mais le reflet des tendances politiques qui ont marqué notre ordre juridique au cours des dernières décennies. Plus fondamentalement, il ne faut pas s'étonner que l'ordre juridique prescrive aux sociétés et leurs organes une responsabilité de soutenir et renforcer les valeurs éthiques et morales de la communauté à laquelle elles appartiennent. Au contraire, il est légitime que l'ordre juridique demande à la personne morale, qui lui doit son exi-

stence, de le soutenir dans le cadre de sa responsabilité sociale des entreprises.

C'est pourquoi le phénomène n'est pas isolé, mais une question qui est appelée à se développer dans le futur afin de mieux intégrer la société anonyme dans la communauté politique. Pour l'ordre juridique se pose alors plutôt la question de savoir quand est-ce qu'il est opportun et légitime d'avoir recours à cet instrument plutôt qu'à un autre. Pour le droit des sociétés, la question plus importante est celle de savoir si le champ d'application choisi par la loi est opportun: d'une part, se pose la question de savoir si le critère de rattachement à la société est justifié. D'autre part, il reste nécessaire de déterminer si le choix de soumettre certaines entreprises à ces exigences à raison de leur recours au marché du capital, le nombre d'employés qu'ils occupent, leurs actifs ou encore leur chiffre d'affaires motivé par des soucis d'efficacité et de proportionnalité ne constitue pas une distorsion de la concurrence qui peut s'avérer contre-productif.

