

Centre Europe - Tiers Monde

Centre de recherches et de publications sur les relations entre le Tiers Monde et l'Europe

CETIM
Rue Amat 6
CH-1202 Genève
Tél. +41 (0)22 731 59 63
Fax +41 (0)22 731 91 52
E-mail: cetim@bluewin.ch
Site Web: www.cetim.ch

COMMENTAIRES DU CETIM SUR LE PROJET D'OBSERVATION GÉNÉRALE DU COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS PORTANT SUR LES OBLIGATIONS DES ÉTATS DANS LE CONTEXTE DES ACTIVITÉS DES ENTREPRISES¹

Le projet d'Observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) nommé « *General Comment on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities* » (E/C.12/60/R.1, daté du 17 octobre 2016) vise à faciliter l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) par les États parties. Il a aussi pour objet de consolider les actions des victimes devant les juridictions des États et devant le CODESC lui-même depuis l'entrée en vigueur en 2013 du « Protocole facultatif » PIDESC organisant des mécanismes de plaintes et de médiation. Rappelons que le PIDESC définit comme partie intégrante et indissociable des droits humains le droit à un niveau de vie suffisant (alimentation, logement, vêtements, etc.), le droit à l'éducation, le droit au travail dans des conditions justes et favorables, des droits syndicaux et de grève, le droit à la santé, un droit à la sécurité et aux assurances sociales et le droit de participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès scientifique.

Ce projet d'Observation est donc très important dans l'actuelle révolution silencieuse du droit international qui tend à donner une plus grande effectivité aux règles du droit international, tout spécialement dans le domaine des droits humains applicables aux entreprises. Ce projet d'Observation est d'ailleurs proche sur certains points essentiels du projet de traité international contraignant². Ensemble, ils dessinent les grands traits d'un droit international applicable aux entreprises transnationales pour mettre fin à leur impunité³ : l'obligation des États du siège des sociétés transnationales (STN) de s'assurer que ces sociétés respectent leurs obligations (effet direct vertical) indépendamment du lieu/État où elles agissent (extraterritorialité des obligations en matière de droit de l'homme), et ce pour des actes

¹ Ces commentaires ont été élaborés en collaboration avec le Professeur Gilles Lhuilier.

² Voir la déclaration écrite, présentée par le CETIM et IPS, soutenue par plus d'une centaine d'organisations et de mouvements sociaux, à la 1^{ère} session du Groupe de travail intergouvernemental sur les STN avec 8 propositions (A/HRC/WG.16/1/NGO/12/F, datée du 24 juin 2015): <http://www.cetim.ch/8-propositions-pour-le-nouvel-instrument-international-contraignant-sur-les-soci%C3%A9t%C3%A9s-transnationales-stn-et-les-droits-humains/> et, à la 2^{ème} session (2016), les 6 déclarations écrites du CETIM portant sur les éléments qui doivent être intégrés dans le futur traité :

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session2/Pages/WrittenContributions.aspx>

³ Melik Özden, *Impunité des sociétés transnationales*, éd. CETIM, Genève, 2016.

commis par elles-mêmes ou leurs contractants dans la chaîne de valeurs (sphère d'influence) ; mais aussi l'organisation de recours effectifs pour permettre des actions de victimes contre les auteurs de ces actes (effet direct horizontal). Ce sont ces grands principes, affirmés dans ce projet, qu'il faut maintenir absolument, voire clarifier ou préciser.

A. Sur la portée du projet

Le projet est très important. Bien que doctrinal le projet vise à donner des directives d'interprétation du PIDESC et précise d'autres textes antérieures⁴ dont les plus importants sont l'Observation générale (OG) n° 3 sur « *La nature des obligations des États parties* (art. 2.1, du Pacte) » ainsi que la Déclaration du Comité de 2011 « *on the obligations of States parties regarding the corporate sector and economic, social and cultural rights* »⁵.

Dans son esprit, ce projet reprend l'OG n° 3 qui tendait à clarifier les obligations des États afin que le PIDESC ait un effet direct que lui dénie le plus souvent les États. L'OG n° 3 affirmait clairement qu'il y a dans le PIDESC un certain nombre de dispositions telles celles des articles 2.2 ; 3.7 (al. a, i) ; 8 ; 10.3, 13.2 (al. a, et par. 3 et 4) et 15.3 qui « *sont susceptibles d'être immédiatement appliquées par des organes de caractère judiciaire et autre dans le cadre de nombreux systèmes juridiques nationaux* », c'est-à-dire « *étant donné leur nature, applicables en elles-mêmes et par elles-mêmes* ». L'OG n° 3 palliait ainsi le silence traditionnel du droit international sur les modalités de son application dans l'ordre interne. Ce projet d'Observation va cependant plus loin en étant bien plus précis. Son style est très concret et il donne notamment de nombreux exemples nouveaux de l'application des droits consacrés par le PIDESC. Ce style est très important car, dans la majorité des systèmes juridiques, l'effet direct d'une règle de droit international est désormais subordonné à l'existence de deux critères cumulatifs, d'une part un critère subjectif – la volonté des auteurs de la norme – et d'autre part un critère objectif – le degré de précision suffisant de la norme afin qu'elle puisse par elle-même et sans le secours d'une norme nationale produire des effets à l'égard des particuliers. Une norme de droit international doit donc être claire et concrète⁶ ! Premier exemple : le champ des obligations des États concernant les activités des entreprises est défini, et ce très largement, car il concerne toutes les activités économiques, peu important la nature juridique de l'entité, son caractère public ou privé, son activité nationale ou transnationale (§ 5). Second exemple, le projet rappelle l'obligation posée à l'article 2 de lutter contre les discriminations mais ajoute les peuples indigènes aux catégories qui sont affectées de manière disproportionnées par les activités des sociétés transnationales, en particulier lors de projets extractifs, ainsi que les minorités ethniques et religieuses. Le risque de discriminations multiples est lui aussi rappelé en donnant l'exemple des déplacements ou « *déguerpissements* » lors de projets d'investissement qui ont un impact encore plus grand sur les femmes et les jeunes filles. Des actes concrets sont recommandés aux États pour lutter contre la discrimination, telle la prise en compte systématique du genre dans les régulations

⁴ E/C.12/2000/4 (General Comment No. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health (art. 12)) (“GC 14”), paras. 26, 35 ; E/1992/23 (General Comment No. 4 (1991): The right to adequate housing), para. 14 ; E/C.12/2002/11 (General Comment No. 15 (2002): The right to water (arts. 11 and 12)) (“GC 15”), para. 49 ; E/C.X/GC/19 (General Comment No. 19 (2008): The right to social security (art. 9)) (“GC 19”), paras. 45-46, 71 ; E/C.12/GC/18 (General Comment No. 18 (2006): The right to work), para. 52. E/C.12/GC/23 (General Comment No. 23 (2016): The right to just and favorable conditions of work (art. 7)) (“GC 23”), paras. 74-75.

⁵ E/C.12/2011/1 (“2011 Statement”),

⁶ Gilles Lhuillier, *Le droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016, spéc. p. 257 et s.

des activités économiques⁷. Ce projet va cependant plus loin que l'OG n°3 et adopte une analyse des obligations spécifiquement liées aux entreprises transnationales proche de la Déclaration du Comité de 2011.

B. Sur les obligations liées spécifiquement aux activités des entreprises

Le projet adopte une analyse de l'article 2 du PIDESC comme posant une obligation des États *“to respect, to protect and to fulfill”* c'est-à-dire de « respecter, protéger, et de mettre en oeuvre », différente donc du *“Protect, Respect and Remedy”* du *Framework for Business and Human Rights*⁸. Le projet approfondit en réalité la Déclaration de 2011 qui avait déjà réalisé une telle analyse de l'article 2.1 en s'inspirant cependant nettement de ce texte de portée doctrinale que sont les *“Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels”* de 2013⁹.

Premièrement, l'obligation de « respecter » est définie à l'identique de la Déclaration de 2011 : les règles des États parties doivent être conformes au PIDESC. Est encore une fois affirmé que ce non-respect peut résulter tout autant d'un acte d'un État que de sa non-action (et que donc une action préventive est exigée) ; que ce non respect peut aussi résulter des actes d'une entreprise privée sous son contrôle – au sens large –, ce qui est important dans un contexte de privatisation des services publics et de développement des Partenariats-Public-Privé (PPP) partout dans le monde.¹⁰

Les exemples donnés sont nouveaux, tel le défaut de respecter résultant d'évictions forcées dans le cadre de projets d'investissement si l'État manque à son obligation d'intervention ou d'indemnisation, ou tel le défaut de prévention d'atteintes aux droits des collectivités locales ou aux personnes lors de l'attribution de droits extractifs.

Deuxièmement, l'obligation de « protéger » est définie plus simplement que dans la Déclaration de 2011, comme l'obligation de prévenir les violations des droits économiques, sociaux et culturels par les entreprises¹¹. Le texte gagnerait cependant en clarté en distinguant mieux les deux moyens d'actions envisagés : D'abord les États doivent agir eux-mêmes, par voies législative ou réglementaire, voire par des politiques d'information visant par exemple à combattre les stéréotypes dans la discrimination. Ensuite **les États doivent obliger les entreprises à agir elles-mêmes pour appliquer les droits économiques, sociaux et culturels**, entre autres un salaire convenable et équitable qui permet à un niveau de vie suffisant, **et les faire appliquer dans ce que l'on pourrait peut-être nommer, pour**

⁷ Voir en ce sens Working Group on Business and Human Rights, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights* (1 December 2014).

⁸ The *“Protect, Respect and Remedy”* Framework for Business and Human Rights, presented by the Special Representative of the United Nations' Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/Res/8/7 and A/HRC/8/5.

⁹ *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, ETO Consortium for human rights beyond border, 2013

¹⁰ Et le projet cite : Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries adopted by the International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd session (23 April to 1 June and 2 July to 10 August 2001), A/56/10 (*“Articles on State Responsibility”*), art. 8. See also A/RES/56/83 (Jan. 28, 2002) ; A/RES/59/35 (2 December 2004) ; A/RES/62/61 (6 December 2007) ; and A/RES/65/19 (6 December 2010).

¹¹ *“effectively prevent the infringements of economic, social and cultural rights in the context of business activities”* (§ 17).

simplifier, leur « sphère d'influence »¹². Des exemples sont donnés, anciens telle l'obligation faite aux entreprises d'adopter des codes de conduites, et d'autres plus nouveaux et intéressants, telles les obligations de "*due diligence*", que l'on pourrait traduire comme des obligations de « vigilance » de l'activité des filiales et des sous-traitants par les sociétés mères. Cette mention aux *due diligence / duty of care / obligation de vigilance* est peut être l'une des nouveautés les plus intéressantes du projet, car ces obligations se développent rapidement dans les législations nationales et les régulations internationales, telle la régulation des minerais de guerre. À nos yeux, **une mention plus explicite de la nécessité de la création par les États d'une responsabilité – civile ou/et pénale – pesant sur les entreprises en cas de défaut dans de telles *due diligence* est nécessaire.**

Cette mention – ainsi que la définition des obligations extraterritoriales (*Extraterritorial Obligation-ETO*) proposée *infra* – serait de nature à éclairer le paragraphe 35, et la seconde phrase du projet d'Observation ("*States Parties have the obligation to prevent and redress such impacts on the enjoyment of Covenant rights, regardless of where the harm occurs.*"), en précisant la nature de l'« obligation » de l'État.

Le projet rappelle aussi l'obligation évidente de fournir des « remèdes » aux victimes, mais innove en rappelant l'importance des corps d'inspection et de la protection des défenseurs des droits humains, syndicalistes, représentants des communautés indigènes ou des militants anti-corruption. Il faudra ajouter à cette liste **les paysans et les communautés affectées** qui sont touchés de plein fouet par les activités des STN.

La question des rapports entre traités d'investissement et droits économiques, sociaux et culturels est abordée, invitant les États à accorder des droits aux entreprises qui respectent les droits humains, par exemple, afin que les droits intellectuels ne privent pas des populations de l'accès aux médicaments. **Le projet pourrait aller beaucoup plus loin, demandant par exemple que soit généralisée la pratique de certains traités d'investissement qui font des références à la supériorité des droits humains, ce qui, dans une démarche interprétative, pourrait rétablir dans le contentieux arbitral ou étatique un équilibre entre la protection des intérêts des investisseurs et la protection des intérêts de l'État et des personnes.** La Convention de Vienne sur le droit des traités exige en effet que les dispositions d'un traité soient interprétées dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité.

Ainsi ne seraient plus dissociés le droit international en matière de droits humains et le droit international de l'investissement, et plus généralement les intérêts commerciaux privés¹³, les premiers primant sur les seconds.

Troisièmement : l'obligation de « *mettre en oeuvre* » est trop complexe. Alors que la Déclaration de 2011 définissait cette obligation comme le fait d'obtenir des entreprises qu'elles soutiennent la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, le projet affirme que les États doivent prendre les mesures nécessaires¹⁴, au maximum de leurs ressources, pour faciliter et promouvoir les droits économiques, sociaux et culturels, et dans certains cas, de fournir directement des biens et des services essentiels. Que cette obligation

¹² "*those who depend on their business activities or who may be negatively affected by them*" (§ 17).

¹³ Thomas W. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, Pedone, 2004.

¹⁴ "*The obligation to fulfil requires States Parties to take necessary steps, to the maximum of their available resources, to facilitate and promote the enjoyment of Covenant rights, and in certain cases, to directly provide goods and services essential to such enjoyment, § 25*"

positive soit expressément affirmée est sans aucun doute important, mais cette obligation est déjà implicite dans l'obligation de « respecter ». Et que cette obligation de « mettre en œuvre » se divise en trois composantes, le devoir de « *faciliter, de promouvoir, de fournir* »¹⁵, voici qui est sans doute trop complexe et redondant, seul le devoir de « fournir » revêtant une nouveauté par rapport aux obligations de « respecter » et « protéger » telles qu'énoncées. Les applications concrètes sont cependant nombreuses de la violation de cette obligation de fournir, tel l'échec dans la réparation des routes ou autres infrastructures pour distribuer des biens de première nécessité comme la nourriture, l'eau et l'électricité. Enfin, faire de l'obligation de coopérer posée par l'article 2.1 un simple devoir de « mettre en œuvre » de nature extraterritoriale est insuffisant eu égard à son importance.

C. Sur les obligations extraterritoriales

Le projet est le plus innovant sur les obligations extraterritoriales (ETO) tant des États signataires du protocole que des entreprises transnationales. L'articulation des deux obligations – États/STN – est très importante pour en comprendre la portée. Sur le principe lui-même, rien de nouveau, les ETO étant déjà rappelés dans la Déclaration de 2011. L'importance donnée au principe justifie cependant dans le projet d'Observation une analyse de son fondement dans l'article 56 de la Charte des Nations Unies, la jurisprudence de la Cour internationale de justice et le droit coutumier international.

La définition de cette obligation est claire : un État, lorsqu'il le peut, doit exercer un contrôle sur les activités d'une entreprise ou situation localisée en dehors de son territoire d'une manière qui puissent avoir un impact sur les droits économiques sociaux et culturels des personnes affectées par cette entreprise ou situation¹⁶. En conséquence, la responsabilité de l'État pourrait être engagée pour des actes de l'entreprise qui auraient pu être évités par des mesures de l'État en application de cette obligation extraterritoriale (§ 37).

Mais cette définition est insuffisante. Le projet insiste en effet sur l'obligation pour l'État de s'assurer que les entreprises localisées sur son territoire veillent à ne pas causer de violations des droits économiques, sociaux et culturels, en dehors du territoire, de leur fait, ou veillent à ce que leurs filiales, leurs sous-traitants, leurs franchisés, leurs investisseurs, ne violent pas ces droits. La définition de l'ETO donnée dans le projet pourrait alors être complétée par l'affirmation plus explicite suivante :

Les États doivent s'assurer que leur législation prévoit qu'une responsabilité pèse sur les sociétés transnationales en cas de violations des droits économiques, sociaux et culturels par leurs filiales et sous-traitants, si elles n'ont pas mis en œuvre des mesures de vigilance pour prévenir ces violations. Cette responsabilité permettrait d'ouvrir aux victimes extraterritoriales une action contre la STN devant la juridiction de l'État où elle est localisée, et ainsi d'écarter le « voile de la personnalité morale ».

Une telle formulation est de nature à préciser la responsabilité des États, qui est une obligation de s'assurer que les STN obéissent à un devoir de vigilance et non une obligation de s'assurer par eux même que les filiales ou co-contractants des STN, appliquent les droits humains en

¹⁵ “*the duty to facilitate, the duty to promote, and the duty to provide*, § 26”

¹⁶ “*Extraterritorial obligations arise when a State Party may exercise control, power or authority over business entities or situations located outside its territory, in a way that could have an impact on the enjoyment of human rights by people affected by such entities' activities or by such situations.*” (§ 33)

dehors de leur territoire. La preuve du manquement de l'État ou de la STN en cas de violation d'un droit affirmé par le PIDESC en dehors du territoire de cet État serait alors simple : le défaut de législation de l'État imposant cette obligation de vigilance ou le défaut d'application de cette obligation légale de vigilance par la STN.

D. Sur les remèdes

Une telle redéfinition des ETO serait conforme à l'obligation faite aux États parties, rappelée par le projet d'Observation, de garantir l'accès des victimes à des indemnisations et réparations devant des juridictions que les dommages surviennent sur son territoire ou en dehors de son territoire¹⁷. L'affirmation de l'importance de la responsabilité des entreprises par des recours judiciaires ou quasi judiciaires a été déjà affirmée¹⁸, mais le projet donne à celle-ci une dimension concrète en insistant sur l'effectivité des recours et des compensations accordées : restitution, indemnisation, etc. (§ 44). **Si la responsabilité pénale doit rester le principe, les actions civiles visant à indemniser les victimes doivent être facilitées.**

L'apport essentiel de la proposition d'Observation réside sans aucun doute dans l'affirmation que les États doivent mettre en œuvre des mesures de caractère procédural pour pallier les dénis de justice résultant du caractère transnational de l'action : l'incorporation de filiales à l'étranger est un moyen très simple pour les STN pour échapper tant à la responsabilité pénale de faits réalisés par leurs filiales qu'à l'indemnisation civile des victimes ; le caractère transnational des dommages par exemple en matière environnementale rend compétence et action incertaines ; le déséquilibre entre les moyens des victimes et des auteurs de dommages rend l'action difficile, etc. **Des mesures procédurales sont en effet essentielles pour obtenir une indemnisation effective : la simplification des actions transnationales, la création de *class-action* (recours collectif), l'adaptation des règles de preuves, la limitation des actions abusives de transnationales visant à discréditer les demandeurs, ou la limitation de la *discovery*¹⁹ lorsqu'elle est utilisée uniquement pour profiter du déséquilibre de moyens financiers entre les parties, l'activation de la coopération judiciaire internationale en matière de droits humains, etc.**

E. Mise en œuvre par les États

La mise en œuvre concrète des obligations du PIDESC par les États – en application de l'article 2.1 – fait l'objet, *in fine*, d'un mécanisme de « *monitoring* » issu de la gestion d'entreprise : un plan national peut être établi, définissant des objectifs précis, les différents délais et les moyens d'actions, ainsi que les acteurs de ce plan tels les défenseurs des droits humains et la société civile. Il est cependant dommage que cette société civile ne soit pas plus systématiquement associée à l'application des obligations des États en vertu du PIDESC.

En résumé, le texte du projet pourrait être précisé sur quatre points :

¹⁷ A/RES/60/147 (2005) ([Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law](#)), art. 3 (a)-(d).

¹⁸ GC 9, para. 2.

¹⁹ La procédure appelée *Discovery* est presque systématiquement utilisée dans des procès civils ou commerciaux aux États-Unis, mais contestée dans de nombreux pays qui n'ont pas la même tradition juridique.

Quant à l'obligation de « *protéger* » (§§ 17-19), le texte pourrait mieux distinguer les deux moyens d'action envisagés. D'abord les États doivent agir eux-mêmes, par voies législative ou réglementaire, voire par des politiques d'information visant par exemple à combattre les stéréotypes dans la discrimination. Ensuite **les États doivent obliger les entreprises à agir elles-mêmes pour appliquer les droits économiques et sociaux** – entre autre un salaire convenable et équitable qui permet à un niveau de vie suffisant – **et les faire appliquer dans leur « sphère d'influence » notamment à travers une obligation de vigilance / *due diligence / duty of care*.**

Quant aux rapports entre droit international en matière de droits humains / droit international de l'investissement (§ 20), **le projet pourrait demander que soit généralisée la pratique de certains traités d'investissement qui font des références à la supériorité des droits humains, ce qui, dans une démarche interprétative, pourrait rétablir dans le contentieux arbitral ou étatique un équilibre entre la protection des intérêts des investisseurs et la protection des intérêts de l'État et des personnes.**

Quant aux obligations extraterritoriales (§§ 30-40), la définition donnée dans le projet pourrait être complétée par l'affirmation plus explicite suivante :

Les États doivent s'assurer que leur législation prévoit qu'une responsabilité civile et/ou pénale pèse sur les sociétés transnationales en cas de violations des droits économiques, sociaux et culturels par leurs filiales et sous-traitants, si elles n'ont pas mis en oeuvre des mesures de vigilance pour prévenir ces violations. Cette responsabilité permettrait d'ouvrir aux victimes extraterritoriales une action contre la STN devant la juridiction de l'État où elle est localisée, et ainsi d'écarter le « voile de la personnalité morale ». Une mention plus explicite de la nécessité de la création par les États d'une responsabilité – civile ou/et pénale – pesant sur les entreprises en cas de défaut dans de telles *due diligence* est nécessaire.

Quant aux remèdes (§ 48), **des mesures procédurales sont en effet essentielles pour obtenir une indemnisation effective : la simplification des actions transnationales, la création de *class-action* (recours collectif), l'adaptation des règles de preuves, la limitation des actions abusives de transnationales visant à discréditer les demandeurs, ou la limitation de la *discovery* lorsqu'elle est utilisée uniquement pour profiter du déséquilibre de moyens financiers entre les parties, l'activation de la coopération judiciaire internationale en matière de droits humains, etc. Si la responsabilité pénale doit rester le principe, les actions civiles visant à indemniser les victimes doivent être facilitées, et ce avant même que soient organisés des mécanismes non judiciaires. La phrase “*Judicial remedies must be available and accessible if non-judicial mechanisms fail to bring effective redress and satisfaction to the victims*” pourrait être supprimée.**