



Commentaires du gouvernement de la Suisse

Projet d'observation générale n° 24 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels

1 Généralités

La Suisse salue l'élaboration "d'observations générales" sur les droits et les dispositions énoncés dans le Pacte. Celles-ci apportent des éclaircissements utiles sur le sens et la teneur des dispositions pour l'application du Pacte. La Suisse a pris connaissance avec intérêt du projet d'observation générale n° 24 établi par le Comité (E/C.12/60/R.1). Des représentants de l'administration ont participé à la séance du 15 juillet 2016 consacrée à la discussion dudit projet à l'Université de Zurich. La Suisse regrette qu'aucun représentant de l'économie n'ait participé activement à cette première discussion sur le projet d'observation générale.

Le projet d'observation générale est très ambitieux à notre avis et il ne reflète pas de manière nuancée la réalité de la problématique des relations entre l'économie et les droits de l'homme. Les éléments soulevés dans le projet d'observation générale manquent de précision pour ce qui est de leur mise en œuvre concrète. En ce qui concerne les obligations extraterritoriales des Etats-parties une approche plus différenciée devrait être adoptée. De façon générale, il n'existe pas de réglementation uniforme de la question de l'applicabilité extraterritoriale des obligations en matière des droits de l'homme. Le libellé, l'objet, le but ainsi que la finalité des différents traités sont déterminants. Chaque traité doit ainsi être examiné séparément. En l'état, aucun instrument international juridiquement contraignant ne prévoit de portée extraterritoriale des obligations découlant du Pacte I. En outre, les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme stipulent que les États ne sont généralement pas tenus en vertu du droit international des droits de l'homme de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction (cf. Principe directeur n° 2). Ils précisent qu'en en règle générale cela ne leur est pas non plus interdit pourvu qu'il existe une base juridique reconnue. De plus, les États peuvent adopter diverses démarches à cet égard, telles que des mesures internes ayant des incidences extraterritoriales.

Le 9 décembre 2016, le Conseil fédéral a adopté un Plan d'action national pour la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (Principes directeurs). Les Principes directeurs stipulent qu'il existe un devoir des Etats de protéger contre des violations de droits de l'homme qui sont commis par des tiers (également par des entreprises). Ceci est également stipulé dans l'observation générale n° 24 pour les droits contenus dans le Pacte, sans que cela soit toutefois confirmé par la pratique des Etats. De plus, l'interprétation du devoir de réalisation progressive contenu dans le Pacte comme obligation étatique de protection, est contesté en pratique. Ceci est tout au plus valable pour les droits clairement formulés et dont la réalisation ne dépend pas des ressources.

Les formulations utilisées dans le projet d'observation générale démontrent une volonté d'adopter une interprétation extensive des obligations découlant du Pacte, notamment en matière de mesures législatives. Concernant la thématique de l'accès à la justice, certains passages sont problématiques car le Pacte n'est pas directement applicable pour les Etats parties, dont la Suisse.

Le langage utilisé pour décrire les activités économiques et leur impact en matière de droits de l'homme est trop négatif. Il est à nos yeux important de garantir que le Comité adopte un ton objectif, basé sur des éléments de preuves tangibles.

Le projet d'observation générale se réfère à plusieurs reprises à des commentaires provenant d'instruments (juridiques) d'autres instances onusiennes, sans qu'il soit indiqué de quelle manière la cohérence est assurée entre les traités visés et la pratique des organes de contrôle. La cohérence d'une approche objective est essentielle pour garantir la sécurité juridique.

A l'instar d'autres *treaty bodies*, le Comité tente de donner un caractère juridiquement contraignant aux Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ce faisant, la mise en œuvre de l'observation générale pourrait avoir des conséquences négatives pour les entreprises suisses, en particulier pour les PME. En effet, la Suisse souhaite éviter qu'en raison de quelques rares cas isolés l'ensemble des entreprises (PME incluses) soit surchargé par des obligations de diligence lourdes du point de vue administratif, mettant ainsi en péril la compétitivité des entreprises suisses sur les marchés globalisés. La Suisse propose par conséquent au Comité qu'il adopte de préférence un système de prévention basé sur le risque, se concentrant sur les entreprises particulièrement concernées par des violations des droits de l'homme.

2 Commentaires spécifiques des paragraphes de l'observation générale n° 24

La Suisse salue que le projet d'observation générale mentionne explicitement les défenseurs des droits de l'homme au paragraphe 23, que la question de l'accès à des voies de recours efficaces soit abordée de manière claire et détaillée (para. 41, 45, 47), y compris par la voie non judiciaire (para. 51). La Suisse accueille favorablement le fait de souligner l'importance de la transparence et des mécanismes de monitoring (para. 54), et elle soutient les commentaires figurant au paragraphe 22, qui rejoint les dispositions et l'esprit de la Convention de l'UNESCO de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles quant à la valeur spécifique des biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens.

- **ad para 1** : *An **alarming** number of incidents worldwide, however, demonstrate that business activities can also adversely **and irreparably** affect the substantial enjoyment of the said rights. [...]*

Commentaire : ce paragraphe doit être rédigé de manière plus équilibrée en tenant en compte le principe de la liberté économique.

Proposition: *A number of incidents worldwide, however, demonstrate that corporate activities can also, in certain cases, adversely affect the substantial enjoyment of the said rights when States fail to impose the respect of minimum international standards on their territory.*

- **ad para 4** : *As such, it seeks to assist States parties, including parliaments, domestic courts and national human rights institutions, in fulfilling their Covenant duties.*

Commentaire : les institutions nationales des droits de l'homme jouissent d'une autonomie juridique et ne peuvent en principe pas être sujets d'obligations internationales.

Proposition: *As such, it seeks to assist States parties, including parliaments and domestic courts ~~and national human rights institutions~~, in fulfilling their Covenant duties.*

- **ad para 8** : *In addition, States Parties have the obligation to ensure that business entities under their jurisdiction respect the Covenant rights and comply with the provisions of the Covenant and that corporate activities do not hinder the enjoyment of the Covenant rights.*

Commentaire : nous renvoyons aux remarques générales concernant l'interprétation extensive des obligations étatiques de protection.

Proposition : nous proposons de supprimer ce passage.

- **ad para 17** : *The obligation to protect means that States Parties must effectively prevent the infringements of economic, social and cultural rights in the context of business activities, both domestically and, **to the extent compatible with international law, extraterritorially.***

[...] As part of this obligation to protect, States Parties **must** also provide victims of such business abuses with equal and effective access to remedies.

Commentaire : nous renvoyons aux remarques générales. Nous préférons à ce stade de supprimer cette partie de la phrase, car l'admission de l'applicabilité extraterritoriale dépendra des développements du droit international.

Proposition : *The obligation to protect means that States Parties must effectively prevent the infringements of economic, social and cultural rights in the context of business activities, ~~both domestically and, to the extent compatible with international law, extraterritorially.~~*

[...] As part of this obligation to protect, States Parties may also provide victims of such business abuses with equal and effective access to remedies.

- **ad para 18** : *The obligation to protect entails a positive duty to establish clear human rights standards for business actors and regulate relevant activities by adopting legislative and other measures. To this end, States Parties should adopt a legal framework **requiring business** entities to exercise human rights due diligence in order to identify, prevent, mitigate, as well as to account for the negative impacts caused by their decisions and operations on the enjoyment of Covenant rights. In addition, States Parties should also require businesses, [...].*

Commentaire : les mesures proposées font partie de l'obligation de l'Etat de protéger, mais leur caractère exclusivement légal ne correspond pas à la pratique du Pacte, qui n'est pas directement applicable dans l'absolu dans les Etats partis, dont la Suisse. Puis une référence plus explicite pourrait être faite au 'smart mix' tel que proposé dans les Principes directeurs de l'ONU sur les entreprises et les droits de l'homme.

Proposition : *The obligation to protect entails a positive duty to establish clear human rights standards for business actors and regulate relevant activities by adopting legislative and other measures. To this end, States Parties should adopt a legal framework requiring certain categories of business entities to exercise human rights due diligence in order to identify, prevent, mitigate, as well as to account for the negative impacts caused by their decisions and operations on the enjoyment of Covenant rights. In addition, States Parties may also require certain categories of businesses, [...]*

- **Notes de bas de page numéro 32 (ainsi que notes de bas de page numéros 49, 72, et 73)** : Guiding Principles, ~~art. 17. Guiding Principles~~, UN Guiding Principles, n° 17. Les principes directeurs énumèrent des principes et non des articles. On ne doit pas se référer au Principes directeurs par « article » mais par « Principe directeur n° xx ».

Nous proposons de compléter la note de bas de page numéro 32 comme suit :

According to its letter b, due diligence will vary in complexity with the size of the business enterprise, the risk of severe human rights impacts, and the nature and context of its operations.

- **ad para 19**: *States Parties should consider measures such as, for instance: restricting marketing and advertising of certain goods and services in order to protect public health or to combat stereotyping and discrimination; exercising rent control in the private housing market to as required for the protection of everyone's right to adequate housing; **establishing minimum wage and fair remuneration practices to ensure adequate working conditions**; [...]*

Commentaire : le droit du travail en Suisse se fonde sur le principe de la liberté contractuelle. Il n'existe aucun salaire minimum national en Suisse prescrit par la législation. Une initiative

populaire proposant l'adoption d'un salaire minimum a été soumise au vote du peuple le 18 mai 2014 et a été rejetée à hauteur de 76.3% des votants. Suite à l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et les pays de l'UE, des mesures d'accompagnement ont été introduites le 1er juin 2004. Celles-ci ont notamment pour vocation la protection des travailleurs contre le risque de sous-enchère salariale et sociale lié à la libre circulation des personnes. Ces mesures permettent d'effectuer des contrôles quant au respect des conditions minimales ou usuelles de travail et de salaire sur le lieu de travail. Lorsque des cas de sous-enchère par rapport aux salaires sont constatés, des mesures interviennent au niveau individuel et au niveau collectif. Au niveau individuel, il s'agit de mesures telles que les sanctions contre les employeurs fautifs et, au niveau collectif, il existe des mesures qui s'appliquent à toutes les entreprises de la branche concernée (extension facilitée d'une convention collective de travail ou édicition d'un contrat-type de travail).

Proposition : nous demandons au Comité de reformuler ce paragraphe en prenant en compte les spécificités nationales en matière de fixation des salaires minimaux pour garantir des conditions de vie convenable.

- ***ad para 20 : States Parties should adopt policies and other non-legislative measures to ensure that incentives to businesses do not lead to restrict or hinder enjoyment of Covenant rights. This is particularly important in the areas of investment and intellectual property.***

[...] States Parties should identify any potential conflict between their obligations under the Covenant and subsequent trade or investment agreements, and refrain from entering into such agreements where such conflicts are found to exist.

Commentaire : nous renvoyons à nos remarques générales.

Il a été soulevé par divers organes des droits de l'homme des Nations Unies que la lutte anti-corruption joue un rôle crucial pour la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels. Cette thématique relève d'une importance particulière dans le contexte des activités des entreprises et mérite d'être mentionnée.

Proposition: *States Parties may consider adopting policies and other non-legislative measures to ensure that incentives to businesses do not lead to restrict or hinder enjoyment of Covenant rights. This is particularly important in the areas of investment, and intellectual property and fight against corruption.*

Nous proposons de compléter le para. 20 comme suit :

[...] Corruption constitutes one of the obstacles to the effective promotion and protection of human rights.¹ Corruption undermines a State's human rights obligation to maximize available resources for the progressive realization of rights recognized in article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The corrupt management of public resources compromises the government's ability to deliver an array of services, including health, educational and welfare services, which are essential for the realization of economic, social and cultural rights. Corruption leads to discriminatory access to public services in favor of those able to influence authorities, including by offering bribes.

[...] States Parties should identify any potential conflict between their obligations under the Covenant and subsequent trade or investment agreements, and provide the necessary remedies and action where such conflicts are found to exist.

¹ A/HRC/RES/23/9 (The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights); A/RES/69/199 (Preventing and combating corrupt practices and the transfer of proceeds of corruption, facilitating asset recovery and returning such assets to legitimate owners, in particular to countries of origin, in accordance with the United Nations Convention against Corruption)

- **ad para 24** : Furthermore, **the growing privatization of education** heightens the risk of discrimination on grounds of wealth or social status.

Commentaire : les exemples énumérés dans ce paragraphe sont trop spécifiques. Si de tels exemples sont cités, il faudrait également citer un cas d'application relatif aux conditions de travail, celles-ci étant finalement au centre des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

Proposition : Furthermore, a growing impact of private providers of education may heighten the risk of discrimination on grounds of wealth or social status.

- **ad para 28** : [...] To this end, States Parties should raise resources, **including by direct taxation of business income**, and seek business cooperation and support to fulfil the Covenant rights and comply with other human rights standards and principles.

Commentaire : nous renvoyons à nos remarques générales.

Proposition: [...] To this end, States Parties should raise resources, ~~including by direct taxation of business income~~, and seek business cooperation and support to fulfil the Covenant rights and comply with other human rights standards and principles.

- **ad para 29** : Violations of the obligation to fulfil occur mainly through the failure of States Parties to adopt all necessary measures they have the capacity to take towards the realization of the Covenant rights, mobilizing to that effect their maximum available resources. Such violations include **State failures to repair roads** and other infrastructure necessary to deliver basic goods by responsible business entities, such as food, water, and electricity, from the place of origin to the place of consumption; to take measures against tax evasion by business entities that diminish public resources towards the realization of economic, social and cultural rights; and to uproot corruption involving business entities that undermines the rule of law and often enables human rights violations .

Commentaire : Les points évoqués semblent peu réalistes (p.ex. „repair roads“), alors que la mise en œuvre des standards de sécurité et de protection des employés n'est pas mentionnée.

- **ad para 30** : [...] The past thirty years have witnessed a **dramatic** increase in the number and influence of transnational corporations, growing investment and trade flows between countries, and the emergence of global supply chains.

Commentaire : le mot „dramatic“ dénote une connotation négative et n'est pas objectif.

Proposition : nous proposons d'ôter l'adjectif « dramatic ».

- **ad para 32** : [...] This duty is expressed without any **territorial limitation**, and should be taken into account when addressing the scope of States' obligations under human rights treaties. Also in line with the Charter, the International Court of Justice has acknowledged the **extraterritorial scope of core human rights treaties**, focusing on their object and purpose, legislative history and the **lack of territorial limitation** provisions in the text. Customary international law also prohibits a State from allowing its territory to be used to cause damage on the territory of another State, a requirement that has gained particular relevance in international environmental law.

Commentaire : dans le système onusien de protection des droits de l'homme, il n'y a pas de doctrine unifiée relative à la valeur extraterritoriale des obligations en matière de droits de l'homme. Les dispositions spécifiques, l'objet et le but de chaque traité sont déterminants.

Proposition : nous proposons que le Comité tienne compte de la pratique diversifiée en vigueur à l'ONU.

- **ad para 35** : **The extraterritorial obligation** to protect requires States Parties to also pay close attention to the adverse impacts outside their territories of the activities and operations of business entities that are domiciled under their jurisdiction. States Parties

have the obligation to prevent and redress such impacts on the enjoyment of Covenant rights, regardless of where the harm occurs.

Commentaire : nous renvoyons aux remarques générales.

Proposition : le Comité devrait mieux développer les bases légales justifiant de telles obligations. A ce sujet, les Principes directeurs de l'ONU disent que les Etats ne sont pas tenus a priori de réguler les activités extraterritoriales des entreprises ayant leur siège sur leur territoire ou étant soumises à leur juridiction (ce commentaire vaut aussi pour le paragraphe 36).