



REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA

Journal du Droit Transnational



Directeurs:
Ilias Bantekas
Catherine Maia
Tarcisio Gazzini
Francesco Seatzu

www.journaldudroittransnational.it

PRESENTATION DU JOURNAL

Une des premières questions qui nous ne sommes posé, en lançant ce Journal, a été celle de la définition de droit transnational. Il n'a pas de pénurie des définitions de droit transnational,¹ mais hélas – ou peut être heureusement – aucune définition univoque. On pourrait même soutenir qu'il y a une, aucune ou cent mille définitions de droit transnational, pour utiliser ici les mêmes mots que Luigi Pirandello.² Au fond, une définition strictement juridique nous semble sûrement difficile et probablement pas nécessaire. Par ailleurs, selon les romains toute définition est dangereuse.

Dans une perspective pragmatique, nous entendons le droit transnational plutôt comme un espace où coexistent, interagissent et parfois se heurtent le droit national, le droit international, le droit européen, mais aussi des sources difficilement classifiables dans ces ordres juridiques, comme la *lex mercatoria* ou la *lex sportiva*, les contrats conclus entre Etats et sociétés multinationales, l'équité ('equity'), les contrats conclus entre des organisations internationales à caractère intergouvernemental et des entités privées, etcetera. Cela dit, le Journal accueillera avec plaisir tant des études empruntées sur des questions pratiques que des réflexions théoriques sur le droit transnational dans toutes ses déclinaisons et ses relations avec d'autres ordres juridiques.

Alternativement, nous aimons penser à toutes les sources des droits et obligations à caractère transnational comme à des vents qui peuvent prendre une multitude des directions et des formes. Il s'agit à la fois des brises gentilles qui enrichissent et harmonisent le cadre normatif existant, des vents maritimes qui mettent ce cadre à l'épreuve, des rafales qui cause turbulences et tension, ou bien des vents de tempête capable de provoquer des tsunamis juridiques. Comme des marins, les juristes modernes doivent apprendre à connaître ces vents et à les maîtriser, à anticiper leur arrivée, à être préparé à gérer leurs conséquences parfois imprévisibles, et à naviguer non seulement avec le beau temps mais aussi dans la bourrasque.

¹ Pour Philip C. Jessup, *Transnational Law* (Yale University Press, 1956) 2, "[t]he term transnational law includes all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. [...] Transnational situations, then, may involve individuals, corporations, states, organisations of states, or other groups." Voir aussi, entre autres, Emanuel Gaillard, 'Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational Rules', 10 *ICSID Review* (1995) 208; Roy Goode, 'Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law', 46 *International and Comparative Law Quarterly* (1997); Michael Reimann, 'From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum', 22 *Penn State International Law Review* (2004) 397; Kaarlo Tuori, 'Vers une théorie du droit transnational', 27 *Revue internationale de droit économique* (2013) 9; Gilles Lhuillier, *Le droit transnational* (Daloz, 2016); Craig Scott, 'Transnational Law' as Proto-Concept: Three Conceptions', 10 *German Law Journal* (2019) 859; Peer Zumbansen (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (Oxford University Press, 2021); Michael Dowdle, *Transnational Law: A Framework for Analysis* (Cambridge University Press, 2022).

² Voir Luigi Pirandello, *Uno, nessuno, centomila* (Einaudi, 2014) et, en français, *Un, personne et cent mille* (Gallimard, 2008).

Métaphores à part, le droit transnational est l'environnement normatif auquel les juristes contemporains sont confrontés désormais chaque jour. Un environnement où les barrières étatiques sont de plus en plus poreuses et les interactions ainsi que les tensions entre les différentes sources normatives de plus en plus fréquentes et importantes.

Quelques exemples devraient clarifier notre vision de droit transnational. A commencer par les soi-disant *umbrella clauses*. Ces dispositions ont été incluses dans plusieurs traités sur la protection des investissements étrangers afin d'étendre la protection de ces instruments juridiques aux obligations coulant des autres sources, typiquement des contrats conclus entre les Etats et les investisseurs étrangers.³ D'abord, ce contrat lui-même a une forte connotation transnationale car il échappe une collocation précise et défi la traditionnelle division entre droit national et droit international.⁴ Il a été parfois décrit comme un accord quasi-international.⁵

Des considérations analogues peuvent aussi être formulées à propos des contrats conclus entre des organisations internationales à caractère intergouvernemental et des entités privées, qui revêtent une importance croissante dans le paysage mondial actuel.⁶ Ces accords témoignent de l'interaction complexe entre les acteurs étatiques et non étatiques dans la recherche de solutions aux problèmes mondiaux. Les organisations internationales, en collaborant avec des entreprises privées, visent à exploiter les ressources et les compétences du secteur privé pour atteindre des objectifs communs, qu'il s'agisse de promouvoir le développement durable, de fournir des services essentiels ou de relever des défis mondiaux tels que la migration et les droits de l'homme. Bien que cette forte connotation transnationale soit présente dans tous les contrats de ce type, elle est particulièrement évidente dans le cas des contrats entre organisations internationales et entités privées régis en totalité et/ou plus fréquemment en partie par le droit international.

Certaines considérations similaires peuvent également être formulées à propos de la qualification transnationale des soi-disant «accords-cadres internationaux», c'est-à-dire les contrats engageant les entreprises multinationales à respecter les droits des travailleurs dans l'ensemble des opérations des signataires.⁷ Ces accords, conclus entre les entreprises multinationales et les syndicats internationaux, visent à établir des normes éthiques et à garantir des conditions de travail justes et équitables dans toutes les régions où une entreprise opère. Ils incarnent la reconnaissance croissante de la

³ Voir e.g. Mary E. Footer, 'Umbrella Clauses and Widely-Formulated Arbitrated Clauses: Discerning the Limits of ICSID Jurisdiction', 16 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2017) 87.

⁴ Il est important de préciser que, du moins à notre avis, ceci est vrai dans tous les cas, c'est-à-dire aussi dans le cas où le contrat d'investissement est retiré du domaine du droit interne de l'État d'accueil et soumis au droit international.

⁵ Alfred Verdross, *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions* (Stevens, 1964).

⁶ Parmi les nombreuses contributions dédiées à ce sujet, voir August Reinisch, 'Contracts between international organizations and private law persons', available at: [link](#)

⁷ Sur ce sujet, voir notamment Reynald Bourque, 'International Framework Agreements and the Future of Collective Bargaining in Multinational Companies' (2008) 12 *Just Labour*, available at: [Link](#); Felix Hadwiger, 'Why Do Multinational Companies Sign Transnational Company Agreements?', available at: [Link](#)

responsabilité sociale des entreprises et leur engagement à lutter contre l'exploitation et les pratiques abusives.

De plus, on peut également en discuter à propos des récents accords mondiaux des Nations Unies sur les réfugiés et les migrants.⁸ Les accords mondiaux des Nations Unies sur les réfugiés et les migrants, également connus sous le nom de 'Global Compacts', représentent un jalon significatif dans les efforts internationaux visant à aborder les défis complexes liés aux déplacements de populations. Ces accords, adoptés en 2018, offrent un cadre normatif global pour la coopération internationale sur les questions des réfugiés et des migrants, mettant l'accent sur la protection des droits humains, la prévention des discriminations et la promotion d'une migration régulière et sécurisée. Ils sont le fruit d'une collaboration multilatérale et reflètent l'engagement collectif des États membres des Nations Unies à relever ces défis mondiaux.

Encore plus intéressants sont les effets des *umbrella clauses* rappelées ci-dessus, qui selon certains auteurs et tribunaux arbitrales transformeraient - ou élèveraient - les dispositions du contrat en dispositions du traité.⁹ Mieux vaut, à notre avis, renoncer à tout tentatives de domestiquer ces clauses afin de leurs afficher une étiquette internationale et se contenter d'en étudier la dimension fortement transnationale, c'est-à-dire l'acceptation des Etats parties du traité à respecter, au titre du traité, des obligations fruit des accords qu'ils ont conclu individuellement avec des sujets privés étrangers. Autrement dit, une partie privée contribue indirectement où par renvoi à la réglementation juridique objet du traité, l'instrument par définition utilisé par les Etats pour régler leurs rapports. Avec le corollaire fondamental que l'investisseur peut invoquer le traité – auquel il reste formellement étrange – pour obtenir la résolution d'un différend concernant les dispositions du contrat devant un tribunal arbitral international.

Au temps de l'interdépendance et la globalisation, la dimension transnationale du droit est évidente, dans des formes et des proportions différentes, presque dans tous les domaines des activités humaines.¹⁰ L'objectif principal du Journal est de stimuler un débat ouvert et constructif parmi les juristes et les experts des matières voisines intéressés à la contamination et l'interaction des normes et principes dans une optique transnational largement entendu.

En ce qui concerne les questions plus techniques, le Journal sortira deux fois par an (en octobre et en avril) et serait composé des différentes sections dédiées respectivement aux articles, matériaux juridiques (traitée, législations et décisions des tribunaux internationaux et domestiques) accompagnés dans la mesure du possible d'un

⁸ Voir *ex multis* Elspeth Guild, Kathryn Allinson, Nicolette Busutti, 'The UN Global Compacts and the Common European Asylum System: Coherence or Friction?', available at: [Link](#)

⁹ In *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID ARB/03/08, Sentence, 10 janvier 2005, para 25 (ii), par exemple, le Tribunal observe que ces clauses "ont pour effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'Etat en violations de cette disposition du traité." *Contra*, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Jurisdiction, 6 August 2004, para 81. En doctrine, voir Prosper Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier*, 128 *Recueil des cours* (1969) 94.

¹⁰ Sur le sujet, on peut notamment consulter l'ouvrage de Syed Mujtaba Athar, 'Notes on the relationship between globalisation and transnational law' (2022) XIX *Jura Gentium*, sur le site web à l'adresse suivante: [Link](#)

commentaire synthétique, ainsi que des comptes rendus de livres. Le Journal sera publié en forme électronique uniquement et sera disponible gratuitement grâce au soutien de l'Institut d'études et de programmes méditerranéens (Istituto di Studi e Programmi per il Mediterraneo, ISPRM).

Le Journal sortira avec une alternance des numéros spéciaux et généraux. Les numéros spéciaux seront dédiés à des sujets particulièrement intéressants du point de vue du droit transnational, tels que le numéro "zéro" sur la responsabilité des sociétés multinationales ou, mieux encore, transnationales. Dans l'optique de créer une communauté ouverte et inclusive, les numéros spéciaux pourraient être confiés à de 'guest editors'. Le Journal pourrait aussi publier des symposia composés des trois ou quatre articles sur des thèmes spécifiques précédés par une brève introduction.

Également important, les éditeurs souhaitent souligner que le Journal privilégiera des contributions en langue française, même si des contributions dans des autres langues, notamment en anglais et en espagnol, seront aussi acceptées. L'idée derrière cette décision éditoriale est bien évidemment celle de valoriser, dans une optique non seulement transnationale mais aussi multiculturelle, une langue que pendant longtemps à été fondamentale en droit international public et privé, mais qui récemment a perdu terrain.

A GENERAL THEORY OF TRANSNATIONAL PRIVATE LAW

Ilias Bantekas*

Abstract

Transnational law is perceived in this sphere as a third sphere of regulation, alongside domestic laws and public international law. In fact, it is argued that transnational has been carved from its two other counterparts by mutual agreement. Even so, transnational private law is wholly predicated on public law-related regulation, without which it is rendered meaningless. The transnational legal sphere is occupied by both state and non-state actors where, however, state actors cannot employ their law-making authority as leverage. States are happy to operate within this sphere as equals to non-state actors and are content to waive privileges otherwise existing under domestic and international law. Although there is some tendency for the transnational legal sphere to become a haven for activities that are unconstitutional, it is hoped that these are exceptional instances.

1 Introduction

The notion of transnational law means different things to different people. It is instructive that it was coined by an international lawyer,¹¹ yet its greatest manifestation is in the field of cross-border private transactions and dispute resolution. It equally enjoys a significant presence in the domain of international criminal law, but not in human rights, for good reason. In fact, international criminal law scholarship has been split among two rifts, although until the late 1900s this was very much a unified discipline. Transnational criminal law effectively signifies one of the most significant problems of treaty law; namely, the transposition of criminal definitions, penalization, sanctions and enforcement in domestic legal orders.¹² While some international offences are viewed as wholly independent from domestic laws (e.g. crimes against humanity and genocide), most others generally require the mechanisms of states to produce any tangible outcomes. Traditional treaties alone are clearly insufficient and so a new brand of multilateral agreements emerged whereby only the broader contours of the offence are defined and in equal manner the type of penalization, sanctions and enforcement are left to the particular exigencies of each state party in accordance with its legal system. This is predicated on the so-called ‘functional equivalence’ doctrine. For example, the 1997 OECD Bribery Convention simply provides that States parties must adopt ‘effective, proportionate and dissuasive sanctions’ against legal persons, recognising that legal persons do not incur criminal liability in all States.¹³

* * Professor of Transnational Law, Hamad bin Khalifa University (Qatar Foundation) College of Law and Adjunct Professor of Law, Georgetown University, Edmund A Walsh School of Foreign Service.

¹¹ Philip C. Jessup, ‘Transnational Law (Extracts)’, in Christian Tietje, Alan Brouder, Kasten Nowrot (eds), *Philip C. Jessup’s Transnational Law Revisited—On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*, (Martin-Luther-Universität, 2006) 45-55. See also M. Reimann, ‘From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum’ (2004) 22 Penn St Int’l L Rev 397.

¹² N. Boister, ‘Transnational Criminal Law?’ (2003) 14 *European Journal of International Law* 953, 957–59.

¹³ I. Bantekas, *International Criminal Law* (4th ed, Hart, 2010) 9-10.

The type of transnational law that works well for non-core international crimes is abhorrent in the domain of international human rights. Functional equivalence¹⁴ is tantamount to cultural relativism,¹⁵ whereby states would be free to fit human rights (definitions and enforcement) around their own biased laws and practices and given that most states in the world are undemocratic and generally violate their people's rights, the very idea of human rights would be destroyed.

In the domain of private law, the turn to transnational law a shift from more to less state regulation, chiefly through a process of self-regulation. The key question here is how this is to be achieved. One way is through one or more multilateral treaties. This is an attractive proposition, albeit it suffers from the existence of a world fragmented by reason of politics, finance and industrialization.¹⁶ This in turn gives rise to mistrust among unequal entities and at best can only achieve results among like-minded states. The second way is through a gradual and paced process of harmonization, typically by reference to model laws or other soft law.¹⁷ In both cases, the driving force behind these processes can only be actors that derive a clear benefit from less state regulation and intervention.¹⁸ But let us be clear in that the very idea of self-regulation is in fact an emanation of (some) regulation, as without it self-regulation is anarchical and meaningless. Self-regulation ultimately relies on the enforcement mechanisms of states in the event of bad faith and unresolved conflict.¹⁹ As a result, it is wrong to conceive of this process as private, nor is it correct to assume that in an era of state capitalism private actors are the only drivers of transnational legal processes.²⁰ States are apt investors, traders, entrepreneurs and have shown a keen willingness to submit disputes with non-states actors to arbitration and alternative dispute mechanisms (ADR). Hence, the self-regulation of otherwise private relationships outside the framework of national laws and legal systems, is only possible through the permissive medium of public law, as well as international law (where appropriate).²¹ This further demonstrates the complexity of transnational law and characterizes it not as a system embedded in the absence of law – as is conveniently thought – but rather as a confluence of laws and legal spheres of regulation.

This article will proceed as follows. Section 2 discusses the process whereby the two original spheres gave way to the creation of the sphere of transnational legal regulation. Its various subsections describe the space provided by each of the two original spheres and the competing

¹⁴ See generally Jose A Estrella Faria, 'Uniform Law and Functional Equivalence: Diverting Paths or Stops Along the Same Road? Thoughts on a New International Regime for Transport Documents' (2011) 2 *Elon L Rev* 1.

¹⁵ In human rights it is taken to mean that culture ultimately validates the legitimacy and application of particular rights, thereby rejecting the notion that human rights apply to all without distinction; i.e. that human rights are universal. This conception of culture risks justifying violations of human rights, as is the case with the practice of female genital mutilation. See Jack Donnelly, 'Cultural Relativism and Universal Human Rights', (1984) 6 *HRQ* 400.

¹⁶ See Karen J Alter, 'From Colonial to Multilateral International Law: A Global Capitalism and Law Investigation' (2021) 19 *Int' J Const L* 798 (who argues that when capitalism was left to its own devices it bred injustice and inequality. The focus of the article is on Chinese capitalism and hence Alter takes the view that multilateralism led by liberal states is beneficial).

¹⁷ See Ernst von Caemmerer, 'The Problem of the Unification of Private Law in Europe', (1964) 36 *U Colo L Rev* 307; Marc Ancel, 'From the Unification of Law to its Harmonization', (1976) 51 *Tul L Rev* 108; Jurgen Basedow, 'Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration—General Report', (2003) 8 *Unif L Rev* 31.

¹⁸ Ilias Bantekas, 'The Contractualisation of Fiscal and Parliamentary Sovereignty: Towards a Private International Finance Architecture?' (2021) 10 *Global Constitutionalism* 1.

¹⁹ See Julia Black, 'Constitutionalizing Self-Regulation' (1996) 59 *MLR* 24.

²⁰ See J Kurlantzick, *State Capitalism: How the Return of Statism is Transforming the World* (OUP 2016); A Cuervo-Cazurra, A Inkpen, A Musacchio, K Ramaswamy, 'Governments as Owners: State Owned Multinational Companies' (2014) 45 *Journal of Intl Bus Stud* 919.

²¹ This type of self-regulation is characterized manifold, as either 'private ordering', *lex mercatoria* or other. Some question the existence of a *lex mercatoria* of contracts as distinct from the development of English common law contracts. See Emily Kadens, 'The Myth of the Customary Law Merchant' (2012) 90 *Tex L Rev* 1153.

interests involved in the final carve. Section 2 undertakes an assessment of how transnational private law effectively operates, by direct reference to its end users.

2 A Tectonic Shift of Legal Spheres

In this article we perceive transnational law as the manifestation of a tectonic shift of legal spheres.²² Two legal spheres exist, namely domestic laws and international obligations of states, expressed through the term (public) international law. The sphere of domestic law encompasses statutes, common law and any form of sub-law that is permitted by the aforementioned proto-laws. This includes customary (tribal) law,²³ contracts and party autonomy²⁴ and others. International law, on the other hand, is a sphere consisting of obligations assumed by states vis-à-vis other states and such obligations are typically found in unilateral acts, treaties, custom, or private agreements governed by at least one domestic law. These two spheres interact and collide, not without their own share of problems, but there is now a distinct body of rules, chiefly of a constitutional nature, that serves to bridge the interaction between the two with the least amount of friction.²⁵ These rules dictate: a) the relationship between domestic and international law and; b) the transposition of international law into the domestic legal sphere.²⁶

Transnational law – albeit not in the sense of its criminal dimension examined in the introduction – but in its “private” dimension is an attempt to create a new regulatory space. However, if the combination of international and domestic law accounts for 100 per cent of all (possible) regulatory space, then the creation of a third sphere of regulation cannot by definition be additional to that of its two predecessors. Rather, it can only be shaped by being grafted from the mold or essence of these two. That is, transnational law as a third sphere of regulation must occupy existing and not new regulatory space. For this to happen, the two existing spheres must carve out space from within, which requires consent from the gatekeepers of these spheres.

There are several arguments about why such consent was granted. The first is a public policy shift towards relative self-regulation in favor unified industries by means of deference to the industry’s advanced internal regulation.²⁷ While the state gives up a small part of its regulatory authority, there is a significant decrease in transaction cost through the elimination of red tape and bureaucracy.²⁸ In addition, the industry gets to pick up the bill not only for enacting its internal rules but for enforcing them against recalcitrant members. Quite obviously, this is only a temporary and partial conferral of authority since the state (or states) can at any time strip the industry from its power to self-regulate. The only problem here is that the longer an industry is allowed to self-regulate the more intertwined its internal rules become with the legal system from which it derives its authority. By way of illustration, if arbitration was unanimously abolished tomorrow by all

²² See Herbert Kronke, ‘Methodical Freedom and Organisational Constraints in the Development of Transnational Law’, (2005) 51 Loy L Rev 287.

²³ See Matthew L.M. Fletcher, ‘Toward a Theory of Intertribal and Intratribal Common Law’, (2006) 44 Houston L Rev 703; Alan Watson, ‘An Approach to Customary Law’, (1984) U Ill L Rev 561.

²⁴ Symeon C Symeonides, ‘Party Autonomy in International Contracts and the Multiple Ways of Slicing the Apple’, (2014) 39 Brook J Intl L 1123.

²⁵ See Pierre-Hugue Verdier, Milla Versteeg, ‘International Law in Domestic Legal Systems: An Empirical Perspective’ (2014) 108 Proc Am Soc Int’l L 376.

²⁶ Francesco Francioni, ‘International Law as a Common Language for National Courts’, (2001) 36 Texas Int’l LJ Law 587.

²⁷ See S Fish, *Is There a Text in the Class? The Authority of Interpretative Communities* (Harvard UP, 1980), who coined the theory of interpretative communities.

²⁸ Even so, there is a line of thinking suggesting that harmonization incurs higher transaction costs because it leads to the adoption of vaguely drafted rules with a view to reaching a political compromise. See Steven Walt, ‘Novelty and the Risks of Uniform Sales Law’, (1999) 39 Va J Int’l L 671.

states, it would take a good twenty years to rid the millions of contracts globally from their arbitration clauses. The legal uncertainty that would ensue would be colossal and it is unlikely that the participants would venture back to national courts.

A second argument suggests that states are as eager to populate a new regulatory space free of bureaucracy, as much as private actors. This might at first glance seem disingenuous given that states are effectively giving up their own power to legislative in favor of private rule-making, but it should be remembered that: a) as already mentioned such private rule-making authority is always partial and temporary; b) the transnational sphere ensures speed and confidentiality and; c) it is at the heart of international financial markets where states are free to act as investors and traders.²⁹ This second argument is predicated on a very practical set of facts. If a state cannot generate income as an attractive trading or investment destination in and by itself, its laws are of little financial value. This is true not only of democratic states desirous of becoming attractive investment destinations, but also of authoritarian regimes eager to sell or trade their national commodities or natural resources.³⁰ Oil-rich countries such as Azerbaijan have set up trust funds for the sale and investment of their proceeds in financial markets, albeit these are non-transparent, and all contracts thereto are confidential.³¹

A third possible argument is that the growth of international trade and commerce is far too exponential, speedy and advanced as compared to the ability and efficiency of national laws and institutions to regulate it. Lobbying for self-regulation is therefore a natural extension of such divergency in capacity. It is true of course that research and development for new drugs can only be undertaken by pharmaceutical giants and mega-construction is only possible through consortia of large banks and construction multinationals.³² Their combined expertise has led to the creation of industry rules based on best practices, albeit if left unchecked the likelihood of abuse is rife.³³ This third argument is often rightly conflated with pre-emptive self-regulation by powerful and largely unified industries, with the sole purpose of avoid formal state regulation. It is assumed that

²⁹ For Qatar its investment vehicle is the Qatar Investment Authority (QIA). Although financial data is missing from its website, its estimated assets are 300 billion USD, which ranks it 11th among all sovereign wealth funds according to the Sovereign Wealth Fund Institute. Available at: <<https://www.swfinstitute.org/profile/598cdaa60124e9fd2d05bc5a>>

³⁰ This is true even of wealthy, resource-rich states, like Saudi Arabia, which in 2019 put up to a public offering a small amount of shares in Saudi Aramco, with a view to raising liquidity and financing Aramco's future projects. See <https://www.cnbc.com/2019/11/09/saudi-aramco-ipo-prospectus-released.html>. Saudi Aramco's website provides restricted access to its initial public offering (IPO) documents. In mid-2020, the same country woke up to the post-Covid 19 realization that its excess production in oil was a liability because of the cost of storage and transport during a global slump in consumption.

³¹ *BCB Holdings Ltd and Belize Bank Ltd v Attorney-General of Belize*, [2013] CCJ 5 (AJ) is emblematic of this approach. There, a newly elected Belize government repudiated a tax concession granted to a group of companies by means of a settlement deed negotiated by its predecessor because it had not been approved by the Belize legislature, was confidential (hence non-transparent) and was manifestly contrary to the country's tax laws. The Caribbean Court of Justice argued that whether or not the concession violated public policy should be assessed by reference to 'the values, aspirations, mores, institutions and conception of cardinal principles of law of the people of Belize' as well as international public policy. The tax concession could only be considered illegal if it was found to breach 'fundamental principles of justice or the rule of law and represented an unacceptable violation of those principles'. It should be noted that BCB and the Bank of Belize bypassed the CCJ by seeking to enforce the award in New York and ultimately succeeded. *Government of Belize v Belize Social Development Ltd* [formerly BCB], US Ct Appeals judgment (13 May 2016), *cert den* US Supreme Court decision (12 January 2017).

³² See eg Lisa Bernstein, 'Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms and Institutions' (2001) 99 Mich L Rev 1724; Lisa Bernstein, 'Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry' (1992) 21 JLS 115.

³³ See I Bantekas and Y Haik, 'Nanodrug Clinical Trials: Informed Consent and Risk Management through Blockchain', (2021) 21 *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy* 1.

states generally consent because they lack the expertise and mechanisms to impose any better solutions of their own.³⁴ A fourth argument is that the absence of regulatory convergence (both in terms of domestic law as well as international law) among states in the sphere of cross-border private law, particularly between superpowers such as the EU, China, Russia and North America has necessitated a neutral sphere where interaction between sophisticated actors is possible.³⁵ In the absence of predictable and uniform private laws, conflicts of laws rules and business norms, transnational principles, such as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,³⁶ have found fertile ground as well as arbitration and ADR.³⁷ This is clearly a sleeping giant no one desires to awake.

2.1 The Regulatory Space Conceded by Domestic Law

One of the key points in the previous section was that both the domestic and international legal spheres gave up part of their own regulatory spaces. The question that beckons is which parts and how much? From the point of view of domestic law the liberalization of party autonomy and its extrication from the wrenches of the state was paramount and conferred authority in three general areas of state regulation. Firstly, autonomy meant that parties are free to circumvent the bulk of national private law, save for that portion deemed public policy³⁸ and mandatory.³⁹ In this manner the parties' contract becomes a mini law, which the parties can shape in order to circumvent inconvenient parts of domestic laws. Secondly, party autonomy was the driver for the creation of private industry rules that were ultimately validated by their acceptance through contracts.⁴⁰ This suggests a contractualisation of the public authority to make laws, even if the legality of such industry rules ultimately rests on the state. Thirdly, the biggest gain in this process was the shift from otherwise compulsory recourse to national courts to international commercial arbitration and ADR. This shift has become so entrenched that some national courts are even enticing parties

³⁴ I Bantekas, 'The International Law of Terrorist Financing', (2003) 97 *American Journal of International Law* 315 (demonstrating how the lending industry mobilized within days of the 9/11 disaster to self-regulate with a view to mitigate or even avoid formal legislation).

³⁵ China lacks bilateral and multilateral agreements for the enforcement of judgments. Reciprocity is a statutory ground under Chinese law by which to recognize a judgment of a foreign court and until recently no definition was provided. In practice, *de facto* reciprocity came into play if a foreign court had recognized a judgment rendered by Chinese courts. In December 2021, the Supreme People's Court of China ("SPC") published the *Minutes of the National Working Seminar of Court on Adjudicating Foreign-related Commercial and Maritime Cases* ("SPC Minutes"). According to the SPC Minutes, "*de jure* reciprocity" is the new norm. According to this, Chinese courts may recognize a foreign judgement so long as the law of such foreign jurisdiction allows its court to recognize Chinese judgements. By applying *de jure* reciprocity, for the first time the PRC court recognized judgment rendered by an English court because of the reciprocal recognition of a Chinese judgment in *Splithoff's Bevrachtungskantoor BV v. Bank of China Limited* [2015] EWHC 999 (Comm).

³⁶ The Swiss Federal Supreme Court in *Chemical Products* case, no 4A_240/2009, Judgment (16 December 2009), held that it was valid for an arbitral tribunal to supplement the parties' chosen law with the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. See also Ilias Bantekas, 'Transplanting the UNIDROIT Contract Principles in the Qatar Financial Center: A Fresh Paradigm for Wholesale Legal Transplants?' (2021) 26 *Unif L Rev* 1

³⁷ See John Linarelli, 'The Economics of Uniform Laws and Uniform Lawmaking', (2002) 48 *Wayne L Rev* 1387.

³⁸ In *Accentuate Ltd v Asigra Inc*, [2009] EWHC 2655 (QB), the English High Court held that the parties could not circumvent the indemnity and compensation provisions of the Directive and any award that was in breach of these mandatory provisions would be refused on grounds of public policy.

³⁹ There is no clear way of determining mandatory rules, but it must be admitted that in their vast majority they are written and leave no room for party autonomy. See Michael Wojewoda, 'Mandatory Rules in Private International Law: With Special Reference to the Mandatory System under the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations' (2000) 7 *Maastricht J Eur & Comp L* 183.

⁴⁰ See Juana Coetzee, 'CISG and Incoterms: Reviving the Traditions of the *Lex Mercatoria*', in Andrew Hutchison, Franziska Myburgh (eds), *Research Handbook on International Commercial Contracts* (Edward Elgar 2020) 159.

to litigation through incentives and there has been a growth in international commercial courts as a middle ground between litigation and arbitration.⁴¹ Even though arbitral tribunals are now subject to the same procedural guarantees as national courts,⁴² which serves to reinforce their legitimacy, ultimately party autonomy is so extensive that the end users can bypass inconvenient parts of national regulation to achieve their aims. We can call this regulatory planning, which works in more or less the same way as tax planning.

2.1.1 Only the Best National Laws and Institutions Survive (and Thrive)

It has perhaps escaped attention that law can assume similar value as a “commodity”.⁴³ A robust, yet adaptive and flexible legal system, is supported and reinforced by a multitude of institutions, such as courts, ombudsmen, commissions of inquiry and others. The better the law and its institutions the more end users it is likely to attract, whether as a choice of law or choice of forum clause in contracts. As such usage begins to grow, so too does the demand for legal education concerning this legal system. The more lawyers educated in that legal system, the more contracts governed by this law will be generated and more cases will end up in the courts of that state. Ultimately, consultants and law firms educated in and specializing in that legal system will dominate the professional landscape. This argument, as regards the dominant position of English law, is supported by the fact that English law has become the key choice of law in transnational contracts;⁴⁴ the volume of transnational disputes before English courts has grown exponentially⁴⁵ and; English law has effectively been transplanted, directly⁴⁶ or indirectly⁴⁷ as the law of several special economic zones in Asia as a result of its perceived sophistication and the uniformity it purportedly produces.⁴⁸

When a legal system achieves such widespread usage by private and state actors across international frontiers and in respect of cross-border transactions, the attendant institutions of that legal system assume significant authority. At that point, the legal system is no longer addressed to

⁴¹ See Matthew Erie, ‘The New Legal Hubs: The Emergent Landscape of International Commercial Dispute Resolution’, (2020) 60 Va J Int’l L 225; Ilias Bantekas, ‘The Rise of Transnational Commercial Courts: The Astana International Financial Centre Court’ (2020) 33 Pace Int’l L Rev 1; Zhengxin Guao and Mann Yip, ‘Comparing the International Commercial Courts of China with the Singapore International Commercial Court’, (2019) 68 ICLQ 916.

⁴² Ilias Bantekas, ‘Equal Treatment of Parties in International Commercial Arbitration’ (2020) 69 ICLQ 991, exploring the boundaries of equal treatment in the context of the right to fair trial.

⁴³ Horst Eidenmuller, ‘The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations’ (2011) 18 Indiana J. Global Legal Studies 707.

⁴⁴ Kwai Hang Ng and Brynna Jacobson, ‘How Global is the Common Law? A Comparative Study of Asian Common Law Systems’ (2017) 12 Am J Comp L. 209; Ilias Bantekas, ‘The Globalisation of English Contract Law: Three Salient Illustrations’ (2021) 137 LQR 130.

⁴⁵ It is instructive, at least from the end-user’s perspective, that in 2018–19, 75% of the London Commercial Court’s work was international in nature. See Judiciary of England Wales, *Business and Property Courts: The Commercial Court Report 2018–19* (Judicial Office, Royal Courts of Justice, 2019) 10.

⁴⁶ See (n 31) for an account of international commercial courts. The most prominent example is the Abu Dhabi Global Markets (ADGM) Application of English Law Regulation of 2015, which effectively serves to transplant select statutes and English common as the law of the ADGM.

⁴⁷ See Bantekas (n 26) demonstrating how the largely common law bench of the Qatar Financial Center (QFC) court construes the various QFC statutes by reference to English common law. Equally, while the DIFC founding law (Law No 9 of 2004) is silent on the application of English or common law, Art 8(2)(5) of Law No 3 of 2004 Law on the Application of Civil and Commercial Laws in the DIFC ranks “the laws of England and Wales” fifth in descending order, at the apex of which are DIFC laws. See also Jayanth K. Krishnan and Priya Purohit, ‘A Common Law Court in an Uncommon Environment: The DIFC Judiciary and Global Commercial Dispute Resolution’, (2015) 26 Am Rev Int’l Arb Arb 497.

⁴⁸ See Brian Flanagan, Sinead Ahern, ‘Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges’ (2011) 60 ICLQ 1 at 18–22, where it is suggested that guidance and uniformity in judicial interpretation is the key reason why common law judges refer to foreign court decisions.

its domestic audience, but to a much broader international audience that is relying on it remaining flexible and adaptable. The institutions of English law, for example, are in a constant state of self-inquiry, which encompasses green and white papers, the establishment of specialist commercial chambers and a very active law society that re-evaluates its role in an ever-evolving cross-border legal environment. This is in contrast to other legal systems, even in respect of highly industrialized states, that have failed to emulate the English model. Germany and France are on top of this list, with France managing to stay in the race because of its arbitration-friendly environment, further reinforcement by the positioning of the ICC in Paris. Nonetheless, there is no evidence suggesting that parties to cross-border agreements tend to choose French law or its courts in any degree of frequency, other than perhaps Francophone parties with some commercial or business ties to metropolitan France.

2.2 The Regulatory Space Conceded by International Law

From the perspective of international law, the situation is slightly more complex and perhaps also ambiguous. It is tempting to assume that the greatest concession of international law was the promotion of cross-border arbitration through the adoption of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.⁴⁹ As significant as this instrument is, it merely reflects concessions states made in the sphere of domestic law, in the sense already explained. In fact, international law has made two notable concessions to the sphere of transnational law. The first concerns efforts at legislative harmonization of private laws, whereas the second is twofold: an attempt at partial treaty regulation and purposive silence, which effectively leads to self-regulation.

Uniformity has been defined as ‘the varying degree of similar effects on a legal phenomenon across boundaries of different jurisdictions resulting from the application of deliberate efforts to create specific shared rules in some form’.⁵⁰ Before we go on to examine the various forms and varieties of uniformity, it is appropriate to ascertain the sources from which it may emanate: a) model or uniform laws; b) principles declared by NGOs, such as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts;⁵¹ c) standard contract terms, such as those adopted by FIDIC in relation to construction and; d) multilateral treaties, such as the Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the New York Convention.

At the apex one finds *textual* or *absolute* uniformity, the aim of which is to ‘transplant’ the instrument in question verbatim in the legal system of the participating or member states.⁵² This type of uniformity is exceptional and difficult to implement in practice. It is demanded in respect of EU Regulations and is envisaged (but by no means demanded) in the case of most treaties (bilateral and multilateral), save where member states are offered the possibility of extensive reservations –

⁴⁹ 330 UNTS 3

⁵⁰ Camilla Baasch Andersen, ‘Defining Uniformity in Law’, (2007) 12 Unif L Rev 5.

⁵¹ See Michael J Bonell, ‘Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts’, (1992) 40 Am J Comp L 617; Robert Ashby Pate, ‘The Future of Harmonization: Soft Law Instruments and the Principled Advance of International Lawmaking’, (2010) 13 Touro Int’l Law Rev 142. The UNIDROIT Principles have been identified by several domestic courts and arbitral tribunals, in CISG-related disputes, to constitute general principles under Art 7(2) CISG. See *UNCITRAL Digest of Cases on CISG* (2012), 46.

⁵² An extensive literature regarding the textual interpretation of CISG under Art 7 therefore exists. See Larry A DiMatteo, *International Sales Law: A Global Challenge* (Cambridge University Press, 2016) 66ff; Ingeborg Schwenzer (ed), *UN Convention on the International Sale of Goods: Commentary* (Oxford UP, 2016).

which cannot, however, violate the instrument's object and purpose.⁵³ Whereas in the EU context textual uniformity is viable because of the large cultural, economic and legal convergence,⁵⁴ it is doomed to failure in situations where such convergence is absent among a group of states, even if ultimately they 'transplant' the text of the agreement verbatim in their domestic laws.⁵⁵ Textual uniformity was never envisaged or pursued in respect of the Model Law as this would not only have dissuaded many states from adopting it, but would have been practically impossible in practice as it would have required a wholesale amendment of fundamental areas of law, such as contract and civil procedure. Such strict uniformity is not desirable in the context of the Model Law. Below textual uniformity one encounters *applied* uniformity. The intention here is not to achieve word-by-word textual correspondence across jurisdictions, but rather to develop a uniform understanding and a uniform interpretation of the text/rules in question.⁵⁶ In this manner, there is no requirement that texts actually meet or correspond linguistically. Applied uniformity is indeed the hallmark of Article 7(1) of CISG.⁵⁷

In the process of achieving applied uniformity there is typically a harmonization of values and norms – this also arises as an outcome from a sustained process of applied uniformity. Another type of uniformity is so-called *functional* uniformity or *functional similarity*. Here, the objective is to create similar rules across jurisdictions, even in the absence of a general cross-border framework of applied uniformity in order to achieve a functional similarity of substantive or procedural trade rules, which ultimately leads to harmonization. Functional uniformity is therefore a short-cut hybrid between applied and textual uniformity. The absence of regulation by a formal source of international law is different to the interpretation one should ascribe to a state's silence on a particular matter.⁵⁸ Industrialized and non-industrialized states often find it convenient to avoid or desist from regulating through treaty the conduct of private cross-border entities, such as multinational corporations (MNCs). To be sure, states are eager to regulate the inter-state legal framework encompassing such private conduct, as is the case with the various WTO agreements and bilateral investment treaties (BITs), albeit the contractual dimension of private actors and how they interact with host states is deregulated under international law. This is evident from the fact that home states are reluctant to enforce their laws to MNCs incorporated therein in respect of

⁵³ See Harry M Flechtner, 'The Several Texts of the CISG in a Decentralised System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)', (1998) 17 J L & Commerce 187.

⁵⁴ Even so, in the field of criminal law, the principle of 'mutual recognition' was not based on textual uniformity. Para 8 of the Vienna Action Plan rejected the notion of procedural criminal law harmonisation and unification ideology by proclaiming that the aim of the member states was not to create a common territory where uniform detection and investigation procedures would be applicable to all law enforcement agencies in Europe in the handling of security matters'. Vienna Action Plan of 3 December 1998 on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, [1999] O.J. C19/1. This was achieved through *approximation*, which foresaw as a starting point the gradual adoption of common definitions for a set of core offences bearing a transnational nature. See Anne Weyembergh, *Approximation of Criminal Laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme*, (2005) 42 CMLR 1567.

⁵⁵ See Andrew Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Georgia University Press, 2nd ed, 1993).

⁵⁶ Schwenzer (n 42) 6.

⁵⁷ There exists an extensive jurisprudence on Art 7(1) CISG and despite the fact that its wording is very close to that of Art 2A of the Model Law – and in fact the latter was inspired by the former – we shall avoid replicating or applying this body of law in order to analyse Art 2A of the Model Law. This approach is justified for several reasons. Firstly, CISG is a treaty (subject to many reservations), whereas the Model Law is not. Secondly, the CISG concerns substantive rules where the focus of the Model Law is largely on rules of civil procedure. This, of course, is not impediment to applying CISG case law *mutatis mutandis* to Art 2A of the Model Law. See *UNCITRAL Digest of Cases on CISG* (2012), 42ff.

⁵⁸ See Megan Donaldson, 'The Survival of the Secret Treaty: Publicity, Secrecy and Legality in the International Legal Order' (2017) 111 AJIL 575; Ashley S Deeks, 'A (Qualified) Defense of Secret Agreements' (2017) 49 Ariz St LJ 713.

operations abroad, save in respect of a very finite list of issues,⁵⁹ whereas host states in their eagerness to attract foreign investors effectively race to the bottom through lax legislation and onerous contractual terms.⁶⁰ The absence of a viable multilateral treaty regulating MNCs,⁶¹ and the parallel conferral of extensive investor rights in BITs,⁶² suggests a conscious and intentional omission by the international community to regulate MNCs, as well as state regulation of MNCs in accordance with human rights, development and environmental standards. This constitutes a significant concession to the transnational legal sphere by its international law counterpart.

3 The Third Sphere: A Transnational Private Law

Having set out the arguments for the existence of a third sphere of regulation, which has evolved by taking regulatory space from the spheres of both domestic and public international law, let us now assess how it functions. Let us begin this discussion by establishing the outer boundaries of transnational law. At a minimum, the fundamental, peremptory or mandatory tenets and provisions of domestic and international law circumscribe the universe of transnational law and at the same time constitute its *ab initio* underpinnings. These boundaries are welcome for the users of transnational law, as otherwise they would have to grapple with fundamental concepts, such as *pacta sunt servanda*, party autonomy and abuse of process, among others. If transnational law was not predicated on a groundwork of immutable rules, any transactions therein would always depend on the parties' good faith; but no system can function solely on this basis, especially one that is asset intensive.

A typical example of a private transnational process, whether this involves the incorporation of an MNC in a foreign state, or the drafting of a contract between two foreign entities, must necessarily begin with an assessment of maximizing one's benefits. Ideally, this is formulated in the form of a long-term strategy that anticipates possible risks. Breach of contract is a common risk, which is usually mitigated by recourse to international arbitration rather than access to potentially biased national courts. The regulation of the contract, particularly the parties' obligations therein, bears a degree of risk, particularly if one of parties has close ties with the institutions that shape a particular governing law. Consequently, this risk is mitigated by the choice of a neutral and high adaptable law, such as that of England, or soft law such as the UNIDROIT Principles or FIDIC. For investors, further risk mitigation may come about through the benefit of a BIT or a contract with the host state that confers additional investment guarantees to the investor. In all of these strategies the parties are departing from both domestic and international law, while remaining within its broader boundaries and circumference.

Within this framework, all transnational actors have agreed to play by the same rules, which effectively equate states and private parties. In another paper this author has characterized this process as the 'contractualization of international law', which bears both positive and negative

⁵⁹ See Modern Slavery Act 2015 (c. 30) (U.K.). Section 54 requires commercial entities with a turnover of £36 million, irrespective of their place of incorporation, but which undertake even a part of their business in the UK, to prepare annual slavery and trafficking audits. This trend is also witnessed in the case law of industrialized states. In *Nevsun Res. Ltd. v. Araya*, [2020] S.C.J. No. 5 (Can.). the Canadian Supreme Court held that Canadian corporations are liable for the breach of customary and *jus cogens* obligations.

⁶⁰ See Ilias Bantekas, 'The Linkages between Business & Human Rights & their Underlying Causes', (2021) 43 Human Rights Quarterly 118.

⁶¹ Ilias Bantekas, 'The Emerging UN Business and Human Rights Treaty and its Codification of International Norms', (2021) 12 George Mason International Law Journal 1.

⁶² See Kenneth J Vandevelde, 'The Economics of Bilateral Investment Treaties' (2000) 41 Harv Int'l LJ 469, at 499, who argues that BITs 'seriously restrict the ability of host States to regulate foreign investment'. The US Model BIT, eg, prohibits performance obligations beyond what is established by international law, such as employability quotas of nationals of the host state

connotations. By way of illustration, immunity is no defence to the jurisdiction of arbitral tribunals, nor increasingly to the enforcement of awards against sovereigns.⁶³ Sovereigns have resorted to several contractual types that they hope evades parliamentary scrutiny, such as executive agreements,⁶⁴ memoranda of understanding,⁶⁵ private agreements and even secret agreements, in order to expedite private transactions with transnational private entities. Arbitral tribunals and national courts⁶⁶ are generally disinclined to assess the constitutional propriety of such agreements,⁶⁷ or indeed the clear unconstitutionality of confidentiality clauses.⁶⁸ With such elimination of judicial review, further reinforced by the principle that domestic law cannot trump international legal obligations, states have effectively contractualized their public laws, including their constitutions. The outcome is that states have no more authority than their private counterparts to affect or alter the terms of their agreement. This outcome is untenable in a regulatory framework controlled by one of the parties to a lesser or larger degree.

A key question that arises at the end of this paper, is whether there exist any regulatory overlaps between the sphere of transnational law and the other two spheres, on the one hand, as well as between itself and sub-spheres. The first part of the question is relatively straightforward. Obligations arising under international law supersede over any domestic laws to the contrary. Even so, it is assumed that if two or more states contract through the sphere of transnational law they will not invoke obligations owed to them or their people under international law. A typical example is sovereign financing through private markets on the basis of agreements that violate the borrower's international human rights treaty obligations. Even the handful of borrowers that have complained by propelling human rights defenses, are ultimately forced to settle and abandon their claims.⁶⁹ There is in principle no meaningful overlap between transnational law and international foreign investment law. Contracts assumed in the sphere of transnational legal regulation can, if

⁶³ See Arts 17-19 of the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. As regards the enforcement of measures of constraint against the property of a losing state, two broad categories are generally recognized, namely pre-judgment and post-judgment (essentially pre and post-award) immunity claims. Pre-judgment measures essentially involve interim measures (injunctions) while arbitral proceedings are pending with a view to securing assets (through freezing or similar orders) or avoiding their dissipation. In practice, the most common measure is the arrest of state ships, which although permissible in several jurisdictions is not allowed under Article 18 of the UN Convention. In France, if a state enters into an arbitration clause which contains an express undertaking to honour a subsequent award, French courts will consider that state to have waived its immunity from execution of the award in France. *Société Creighton Ltd v Ministère des Finances et le Ministère des Affaires Municipales et de l' Agriculture du Gouvernement de l'Etat de Qatar*, [2003] *Rev Arb* 417, French Supreme Cassation Court judgment (6 July 2000); but see *contra*, *Joint Stock Corp v Czech Republic*, Austrian Supreme Court judgment (11 July 2012) which dismissed a claim for enforcement (following an arbitral award) against the assets of the Czech Republic on the basis of immunity.

⁶⁴ See eg USA-Germany Executive Agreement of 17 July 2000 Concerning the Foundation "Remembrance, Responsibility and the Future", (2000) 39 ILM 1298.

⁶⁵ See the classic work of Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?" (1983) 77 *Am J Int'l L* 413 (although there Weil warned against the dangers stripping international law and institutions of their normative character); Jutta Brunnée, "COPing with Consent: Law-Making under Multilateral Environmental Agreements", (2002) 15 *Leiden JIL* 1.

⁶⁶ But exceptionally, in *Eugenia Florescu and Others v Casa Județeană de Pensii Sibiu and Others*, Case C-258/14 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 June 2017, EU:C:2017:448, para 36, that the CJEU came to the conclusion that MoU concluded under EU financial assistance mechanisms and balance-of-payment processes qualified as EU acts under Art 267(1)(b) TFEU, and hence susceptible to interpretation by the Court.

⁶⁷ *BCB Holdings Ltd and Belize Bank Ltd v Attorney-General of Belize*, [2013] CCJ 5 (A) above (n 21).

⁶⁸ The literature is relatively scarce, if non-existent, on confidentiality clauses in contracts between states and between states and non-state entities. No doubt, if we knew of such clauses there must first be a non-disclosure violation by one of the parties. Apart from national defense matters, it is doubtful that national constitutions allow such clauses in state contracts.

⁶⁹ See Ilias Bantekas, "The Right to Unilateral Denunciation of Odious, Illegal & Illegitimate Debt", in Ilias Bantekas, Cephas Lumina (eds), *Sovereign Debt and International Human Rights* (Oxford University Press, 2018), 536-555

entered into with a state entity, become binding under relevant BITs or as autonomous source of international obligation for host states.

4 Conclusion

This article takes stock of the existing scholarship on the meaning and delineation of transnational law and its place in global regulation. At the same time, however, it puts forward a theoretical model whereby there exist two spheres of regulation, namely domestic laws and international law. Transnational law is depicted in this framework as a breakaway entity from both these spheres with a valid claim for independence of sphere-creation. The state succession and state-creation analogies are apt in this context. There can be no state succession without, at the very least, some degree and volume of international recognition and legality (ie that the new state was created by a referendum, de facto control, lawful exercise of self-determination, or admission to the UN and other intergovernmental organizations). In equal measure, transnational law is impossible without legislative approval and entrenchment in domestic legal systems. In addition, transnational law is doomed to failure without sufficient global uniformity in regulation.

Transnational law is not solely a species of private law; it is not predicated on conflict of laws rules and; its end users are not restricted to private actors. This notwithstanding, it is not exclusively a public law emanation. Transnational regulation is predicated on state approval, yet the form of regulation it gives rise to is tantamount to a sui generis private law. Although this author finds the creation, maintenance and reinforcement of this sphere an important element in cross-border finance and commerce, it should not under any circumstances become a platform or guise for the erosion of civil liberties and socio-economic rights. Consequently, the transnational sphere should be accessible to civil society organizations, as well as parliamentary entities that seek conformity with national constitutions.⁷⁰ The benchmark for the success of transnational law will depend on how much its end users entrench it in the rule of law and provide it with a high degree of legitimacy. Legal systems often crumble without such attributes.

⁷⁰ See Ilias Bantekas, 'The Contractualisation of Fiscal and Parliamentary Sovereignty: Towards a Private International Finance Architecture?' (2021) 10 *Global Constitutionalism* 1.

Corporate Responsibility and Transnational Law: a Short Stocktaking

Peter Muchlinski*

1. Introduction

The role of corporations in society has been the subject of debate for as long as corporate entities have existed. One persistent theme has been the capacity of the corporation to be a bad actor bent on accumulation of wealth and power for its owners whether they be colonial despoilers operating through the European chartered trading companies of the sixteenth to eighteenth centuries, rapacious railway magnates in Britain or the corporate “robber barons” of nineteenth century America.⁷¹ Some have come to see the corporation as a pathological entity displaying psychopathic tendencies caused by its relentless pursuit of profit at all costs leading it to become asocial and devoid of empathy towards, or responsibility for, others.⁷² Yet throughout its existence the value of the corporation as a vehicle for economic development has remained as has the question of how to direct its power, capacity and knowledge towards socially beneficial goals. It is in the attempt to strike a balance between economic action and responsible business conduct that the issue of corporate responsibility exists.

This contribution seeks to offer a brief stocktaking of corporate responsibility as an issue of transnational law. It does so, first, by outlining the meaning of corporate responsibility in its transnational context through the development of the concept of international corporate social responsibility (ICSR) as a response to the growth of corporate power following economic globalisation; secondly by examining why transnational legal analysis is important to the study of ICSR; and thirdly, by considering the limitations of transnational legal analysis focusing on how corporate power coupled with the retreat of “official” legal regulation and the consequential stress on informal corporate self-regulation has led to weak ICSR norms including through the process of corporate responsibility for human rights as developed in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs). The contribution ends with the conclusion that formal legal regulation has to strengthen ICSR norms as this is the most legitimate way to ensure effective observance of those norms by business actors.

2. Globalisation and International Corporate Responsibility

According to the Chartered Institute of Personnel and Development, the principal professional body for human resources specialists, “Corporate responsibility (CR) is about the impact an organisation makes on society, the environment and the economy. Having an effective CR programme contributes positively to all stakeholders as well as adding value for the

* Emeritus Professor of International Commercial Law, The School of Law, SOAS, University of London.

⁷¹ See for example John Micklethwait and Adrian Wooldridge *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea* (London, Phoenix Books, 2003) who discuss critiques of the corporation and calls for corporate responsibility throughout their historical account of the company.

⁷² See Joel Bakan *The Corporation* (London, Constable, 2005) 56-7.

CORPORATE RESPONSIBILITY AND TRANSNATIONAL LAW: A SHORT STOCKTAKING

organisation itself, and ensures it operates in a sustainable way.”⁷³ Corporate responsibility is also referred to as corporate social responsibility (CSR) or business sustainability and is “about the ethics which drive an organisation’s activities and how it operates so that it’s viable over the long term.”⁷⁴ These goals have been widely promoted by corporations themselves and, as will be seen, corporate influence has played a significant part in how the notion of corporate responsibility has been translated into the sphere of transnational law.

The question of corporate responsibility has become an issue of international importance. The rise of multinational enterprises (MNEs) since the nineteenth century has created two waves of economic globalisation, the first ending with the outbreak of World War I while the second emerged from the ruins of World War II and continued unchecked up to the financial crisis of 2007-9.⁷⁵ Since then the global economy has experienced new pressures as a result of supply chain weaknesses uncovered through the Covid pandemic and also as a response to growing uncertainty over the geopolitical role of China and its capacity to remain an integral part of the global production system, resulting in moves towards “reshoring” production and greater controls over inward investment based on national security grounds.⁷⁶

Economic globalisation has shifted the nation state towards facilitating corporate freedom of trade and investment through policies of economic liberalisation including the removal of barriers to trade and guarantees of investor rights through international treaties limiting state regulatory discretion. This has been motivated by the desire to attract trade and foreign direct investment (FDI) on the part of MNEs which have acquired significant market power as a result.⁷⁷ That power has raised concerns about their accountability and capacity to act in a socially responsible way. The need for trade and inward investment by MNEs has also questioned the will of the contemporary “market-state” to enact corporate regulation focused on the elimination of external social and environmental costs associated with MNE operations.

As a result calls have emerged in recent decades for an international solution to corporate responsibility.⁷⁸ The notion of “international corporate social responsibility” (ICSR) rests on the obligations that corporations owe to the societies in which they operate.⁷⁹ This may be justified philosophically by appeals to a “social contract” and to the need of all actors, including

⁷³ Susannah Haan “Corporate Responsibility: An Introduction” Chartered Institute of Personnel and Development Factsheet (29 June 2023) at <https://www.cipd.org/uk/knowledge/factsheets/corporate-responsibility-factsheet/#what-is-corporate-responsibility>

⁷⁴ *ibid.*

⁷⁵ See further Peter T Muchlinski *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford, Oxford University Press, 3rd ed, 2021), 8-18.

⁷⁶ *ibid.*, 18-20 and 761-5 and ch 5. See too European Parliament “Post Covid-19 value chains: options for reshoring production back to Europe in a globalised economy” (Policy Department for External Relations Directorate General for External Policies of the Union PE 653.626 – March 2021) at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653626/EXPO_STU\(2021\)653626_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653626/EXPO_STU(2021)653626_EN.pdf) and see Peter Muchlinski “Inward FDI Regulation in the UK: Closing the “Open Door”?” in *Springer Studies in Law & Geoeconomics Vol 1. “Weaponizing Investments”* (Springer, 2023) 169 at https://link.springer.com/chapter/10.1007/17280_2023_6

⁷⁷ See further Stephen Wilks *The Political Power of the Business Corporation* (Cheltenham, Edward Elgar, 2013); Doris Fuchs *Business Power in Global Governance* (Boulder and London, Lynne Rienner Publishers, 2007).

⁷⁸ This paragraph draws on Muchlinski n 5, 103-4 and 562-3.

⁷⁹ See further Jennifer Zerk *Multinationals and Corporate Social Responsibility Limitations and Opportunities in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006); Ramon Mullerat *International Corporate Social Responsibility* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010).

non-state actors, to observe the preservation of human dignity through adherence to fundamental human rights.⁸⁰ Equally ICSR can be justified by reference to a “social licence to operate” (SLO) in the communities where they do business.⁸¹ According to John Morrison, the Chief Executive Officer of the Institute for Human Rights and Business, the SLO emerged as a business term in the mining industry especially in Australia and Canada in the 1990s.⁸² The SLO has no precise definition but it encompasses an understanding that a business operates in a community on the basis of its social acceptance or approval earned through “consistent and trustworthy behaviour and interactions with stakeholders”.⁸³ In this sense the SLO represents a “social contract” between the corporation and community.⁸⁴

There remains a great deal of disagreement over ICSR.⁸⁵ Some see ICSR as misguided, risking policies that harm the beneficial effects of international business activity.⁸⁶ Other critical voices regard ICSR as a smokescreen, which serves to cover up the true extent of unethical corporate practices, and which needs a major shift away from the enhancement of shareholder value as the core function of management towards concern for wider stakeholder interests backed up by effective legal regulation.⁸⁷ In this sense ICSR obligations may be seen as a response by the international community, organised through intergovernmental organisations, to the relative lack of national regulation of the abovementioned social and environmental costs of MNE operations.⁸⁸ ICSR obligations may also be seen as the *quid pro quo* for the protection of investors and investments under international investment protection agreements and international economic rules such as those of the WTO.⁸⁹

3. Corporate Responsibility and Transnational Law

⁸⁰ See further Thomas Donaldson *The Ethics of International Business* (Oxford, Oxford University Press, UK Paperback Ed, 1992); Peter Muchlinski “International Business Regulation: An Ethical Discourse in the Making?” in Tom Campbell and Seumas Miller (eds) *Human Rights and Moral Responsibilities of Corporate and Public Sector Organisations* (The Hague, Kluwer Law International, 2004) 81.

⁸¹ See John Morrison *The Social License: How to Keep Your Organisation Legitimate* (Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2014); Leeora Black *The Social License to Operate: Your Management Framework for Complex Times* (Oxford, Do Sustainability, 2013).

⁸² Morrison *ibid* at 14.

⁸³ Black n 11 at 18.

⁸⁴ See Morrison n 11 at 23-6.

⁸⁵ This paragraph is taken from Muchlinski n 5, 103.

⁸⁶ See David Henderson *Misguided Virtue: False Notions of Corporate Social Responsibility* (Wellington, New Zealand Business Roundtable, 2001).

⁸⁷ See further Wilks n 7, ch 9; The Corporate Reform Collective *Fighting Corporate Abuse: Beyond Predatory Capitalism* (London, Pluto Press, 2014) ch 6; Peter Fleming and Marc T. Jones *The End of Corporate Social Responsibility: Crisis and Critique* (London, Sage Publications, 2013); Renginée Pillay *The Changing Nature of Corporate Social Responsibility: CSR and Development – The Case of Mauritius* (Abingdon, Routledge, paperback ed, 2016). For a development focused critique see: Michael Blowfield and Jędrzej George Frynas (eds) “Critical perspectives on Corporate Social Responsibility” 81(3) *International Affairs* (May 2005).

⁸⁸ See further Phillip Paiement, “Transnational Sustainability Governance and the Law” in Peer Zumbansen (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (2021; online edn, Oxford Academic, 14 Apr. 2021), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197547410.013.37>, accessed 1 Nov. 2023.

⁸⁹ For a discussion of the concept of social responsibility and its implications for international standard setting and investment protection see UNCTAD *The Social Responsibility of Transnational Corporations* (New York and Geneva, United Nations, 1999) at https://unctad.org/en/Docs/poiteiitm21_en.pdf; UNCTAD above n 25 ch XII; UNCTAD above n 10 ch VI. See too UNCTAD *Social Responsibility* UNCTAD Series on issues in international investment agreements (New York and Geneva, United Nations, 2001) at <https://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=342>.

CORPORATE RESPONSIBILITY AND TRANSNATIONAL LAW: A SHORT STOCKTAKING

How is ICSR an issue for transnational law? This can be answered by looking at transnational law as an analytical process focused on understanding law in a global context.⁹⁰ Transnational legal analysis can be seen historically as a response to the process of globalisation, and the resulting extension of corporate activities across borders, which have created the need for an ordering of MNE operations so that they can do business effectively. Accordingly much of the field of transnational law has been about how private business can control the legal dimension of transnational commercial operations especially in relation to the enforcement of transnational contracts and the resulting need for dispute settlement methods that can take account of this context. Thus the origins of transnational legal thought are deeply entwined with the process of international arbitration and the mix of legal sources that arbitrators should use when confronted with transnational contractual disputes spanning multiple legal jurisdictions, the divide between national and international law and evolving new business practices that are as yet unregulated by conventional laws but which have been privately ordered through contractual and other transnational business practices.⁹¹

The primarily commercial focus of transnational legal analysis poses the question whether ICSR standards can also be subjected to this methodology. As already noted one effect of transnational corporate activity is that states may not have the political will or the regulatory reach to control bad business practices resulting in social and/or environmental damage to individuals and communities living in the locations where MNEs operate. This opens a regulatory space much like that which opens in relation to commercial regulation. It would appear straightforward, therefore, to extend the logic of transnational legal analysis to ICSR issues as well.

This argument may be enhanced by the emerging consensus that corporate actors have a responsibility to respect human rights in the course of their operations. Fundamental human rights lie at the heart of ethical business practice and ICSR.⁹² As a consequence thinking on CSR, originally a voluntary process centred on corporate philanthropy, is becoming more normative with corporations having moral, social and, increasingly, legal responsibilities to observe human rights.⁹³ The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) have asserted the existence of a new “transnational norm” of business respect for human rights, the first ever international instrument to do so. The UNGPs have been followed in numerous other international instruments and national laws as well as informing the content of national

⁹⁰ See Peer Zumbansen, “Transnational Law: Theories and Applications”, in Peer Zumbansen (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law* (2021; online edn, Oxford Academic, 14 Apr. 2021), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197547410.013.1>, 5 “Transnational Law, then, can best be understood as a methodological architecture for both a doctrinal, conceptual and a socio-legal engagement with law in this, irreversibly and irreducibly global, context.”

⁹¹ See Ilias Bantekas “A General Theory Of Transnational Private Law”, in this issue; Zumbansen, *ibid*, 11.

⁹² See John M. Kline *Ethics for International Business: Decision Making in a Global Political Economy* (London, Routledge, 2005) 25; Nadia Bernaz *Business and Human Rights: History, law and policy – Bridging the accountability gap* (Abingdon, Routledge, 2017) 3-8.

⁹³ See Karin Buhmann *Changing Sustainability Norms Through Communication Processes: The Emergence of the Business and Human Rights Regime as Transnational Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2017) ch 2; Anita Ramasastry “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability” 14 *Journal of Human Rights* 237 (2015); Florian Wettstein “The history of business and human rights and its relationship with corporate social responsibility” in Surya Deva and David Birchall *Research Handbook on Human Rights and Business* (Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2020) ch 2, <https://doi.org/10.4337/9781786436405.00007>

court decisions.⁹⁴ Business itself has now accepted a general responsibility to respect human rights in the light of the UNGPs.⁹⁵ Accordingly we may think that we are on the right lines. But this may miss some of the real limitations of transnational law analysis when applied to important issues of social, environmental and human rights protection.

4. Limitations of Transnational Legal Analysis and Corporate Responsibility

The starting point is to acknowledge the differences between international commercial law and the regulation of ICSR, especially when it comes to demands for corporate observance of fundamental human rights. Unlike transnational commercial law norms, the norms of human rights do not exist to facilitate commercial activity or efficiency. They exist to identify and safeguard core standards of behaviour required to protect human dignity. This raises the question whether transnational legal analysis, which emerged to facilitate corporate operations across borders, can offer by itself a suitable method for dealing with the fundamental rights of victims of corporate human rights violations.

Secondly, human rights norms are aimed primarily at state activity not the activity of private non-state actors such as corporations. As such these norms are found in international human rights instruments that are binding on states, most notably in the UN International Bill of Human Rights consisting of the Universal Declaration of Human Rights and the UN Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights.⁹⁶ Equally human rights are found as positive legal obligations in national constitutions which increasingly echo international human rights norms and language.⁹⁷ Accordingly, the shift towards human rights obligations for corporate actors has so far occurred outside the usual state-centric, international and national legal normative environment for human rights. This generates considerable uncertainty over the content of corporate human rights norms and their legal quality, permitting open contestation over their content between corporate actors and groups advocating greater corporate accountability.⁹⁸

Such normative uncertainty is reflected through the analytical compromise that exists within the UNGPs.⁹⁹ In order to fit in with pre-existing notions of where the legal regulation of non-state actors should occur the UNGPs posit three pillars: a state duty to protect against infringements of human rights by business actors thereby reaffirming national law as the primary site for regulating private business actors; a non-binding corporate responsibility to respect human rights which accords with the principle that private non-state actors cannot hold

⁹⁴ UNGPs at https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. See further Peter T Muchlinski *Advanced Introduction to Business and Human Rights* (Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2022) chs 4-6.

⁹⁵ See Peter Muchlinski, “The Impact of the UN Guiding Principles on Business Attitudes to Observing Human Rights.” 6(2) *Business and Human Rights Journal* 212 (2021).

⁹⁶ See UN “International Bill of Human Rights” at <https://www.ohchr.org/en/what-are-human-rights/international-bill-human-rights>

⁹⁷ See Colin J Beck., John W. Meyer, Ralph I. Hosoki, and Gili S. Drori. “Constitutions in World Society: A New Measure of Human Rights.” in Gregory Shaffer, Tom Ginsburg, and Terence C. Halliday (eds) *Constitution-Making and Transnational Legal Order* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019) 85; Colin J Beck, Gili S Drori and John W Meyer “World influences on human rights language in constitutions: A cross-national study” 27(4) *International Sociology* 483 (2012).

⁹⁸ See further Paiement, n 18, 822-4.

⁹⁹ See further Muchlinski n 24, 60-67.

direct international legal obligations but which requires corporations voluntarily to adopt a human rights risk assessment strategy through human rights due diligence (HRDD) analysis as a means of discharging their responsibility to respect human rights; and access to remedy which emphasises the need for states to offer judicial and non-judicial remedies and for businesses to provide informal grievance mechanisms accessible to stakeholders at risk of business generated human rights infringements. The result leaves the development of binding corporate legal obligations to respect human rights to states while corporate and other business actors are left to evolve, at their own discretion, systems for the identification and avoidance of human rights risks in their operations.

The corporate discretion inherent in the responsibility to respect human rights creates the kind of space in which new transnational normative expectations of business can develop. Here, a major problem emerges. Can we say with certainty that the normative practices that emerge from the exercise of the corporate responsibility to respect human rights will enjoy legitimacy or effectiveness? Given that corporate actors have significant power in the globalised economy and given the discretion available to them in structuring their human rights compliance systems under the UNGPs it is possible that the exercise of HRDD under the second pillar and the provision of grievance mechanisms under the third pillar will be less than ideal. They may generate a weak set of norms which fail to address the concerns of victims and which will ensure that corporate interests prevail. In addition the rise of multistakeholder initiatives (MSIs) as fora for the development of new normative standards through business conduct guidelines can give rise to similar concerns of corporate control over this process. These risks will now be illustrated in the next section of the contribution.

5. ICSR Norms and Corporate Interests

As already noted, while there is no doubt that significant progress has been made in corporate circles regarding the acceptance of a responsibility to observe human rights, much remains open to contest and to corporate control. In this section three illustrative examples will be given of how such control emerges and how this risks weak normative development. First, the emergence of MSIs will be examined as a method for corporate actors to control the development of new transnational corporate responsibility norms; secondly the weaknesses inherent in the process of HRDD will be analysed as a means of developing a corporate ethic of human rights compliance in the absence of binding standards; thirdly the limitations of corporate level grievance mechanisms as alternatives to judicial dispute settlement will be examined.

(a) Multistakeholder Initiatives

A prominent feature of transnational law is its eclectic approach to sources.¹⁰⁰ As pointed out by Craig Scott, not only does transnational legal method borrow from concepts and rules of national and international law it also benefits from the accumulation of decisions by courts and other dispute settlement bodies dealing with transnational legal questions and from a pluralistic approach to sources allowing for the referencing of informal regulatory rules and structures that are, “constructed and continue to exist independently of ‘official’ (in the sense of the

¹⁰⁰ See “Presentation du Journal”, in this issue; Craig Scott “Transnational Law” as Proto-Concept: Three Conceptions” 10(6-7) *German Law Journal* 859 (2009).

CORPORATE RESPONSIBILITY AND TRANSNATIONAL LAW: A SHORT STOCKTAKING

modern state) law.”¹⁰¹ Scott offers a number of examples including “ ‘internal’ corporate norms, commercial custom in all its varieties, the complex normative nature of Internet regulation, the certification process of the Forest Stewardship Council, the guidelines produced by the International Union for Conservation of Nature” all of which are relevant to corporate ordering including the furtherance of responsible business practices.

The rise of such informal sources of corporate ordering is bound up with the increased acceptance of corporate-self regulation as an aspect of “global governance”.¹⁰² This highlights the complex web of institutions and actors that seek to manage the global economic system in the absence of global government. It involves the internal management systems of MNEs and inter-firm supply chains, the various normative standards developed by inter-governmental organisations, states and sub-state entities with legislative and regulatory powers, transnational networks of experts and the activities of NGOs and other civil society bodies. This approach is also termed “civil regulation” or “polycentric governance” the latter being the preferred term used by John Ruggie, the progenitor of the UNGPs, to explain the regulatory model behind this instrument.¹⁰³ The “experimental/global governance” or “civil regulation/polycentric governance” approach offers a “liberal” strategy that may lead to joint standard setting through NGO/civil society-business partnerships devoted to the pursuit of particular policy goals and/or the realisation of particular projects.¹⁰⁴ That said, the risk remains that corporations will take advantage of the structural weaknesses inherent in co-operative approaches to governance and exploit their power to further only corporate interests.¹⁰⁵ This risk is present in the increased use of MSIs in the field of ICSR including business and human rights.¹⁰⁶

The core characteristic of MSIs is the involvement of “stakeholders”, global actors who have a “stake” in an issue, who come together to work out a collaborative solution to issues of mutual

¹⁰¹ *ibid*, 874.

¹⁰² This paragraph is taken from Muchlinski n 5 at 101-3. See further Jonathan Zeitlin “Pragmatic Transnationalism: Governance Across Borders in the Global Economy” 9 *Socio-Economic Review* 187 (2011); Peer Hull Kristensen and Jonathan Zeitlin *Local Players in Global Games: The Strategic Constitution of the Multinational Corporation* (Oxford, Oxford University Press, 2005) especially chs 11 and 12; see too Fuchs n 7 ch 2 “Globalization and Global Governance”.

¹⁰³ See further Jem Bendell and David F. Murphy “Towards Civil Regulation: NGOs and the Politics of Corporate Environmentalism” in Peter Utting (ed) *The Greening of Business in Developing Countries: Rhetoric, Reality and Prospects* (London, Zed Books, 2002), 24; Simon Zadek *The Civil Corporation* (Abingdon, Earthscan, 2nd ed, 2007) ch 5; Keith Carlisle and Rebecca L. Gruby “Polycentric Systems of Governance: A Theoretical Model for the Commons” 47(4) *Policy Studies Journal* 927 (2019) at <https://doi.org/10.1111/psj.12212>; John Gerald Ruggie “The social construction of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights” in Surya Deva and David Birchall (eds) *Research Handbook on Human Rights and Business* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020) 63

¹⁰⁴ On “critical” and “liberal” civil society strategies see Peter Newell “Environmental NGOs, TNCs and the Question of Governance” in Dimitris Stevis and Valerie J. Assetto (eds) *The International Political Economy of the Environment: Critical Perspectives* (Boulder, Lynne Reiner Publishers, 2001) 85.

¹⁰⁵ See further Fuchs, n 7 ch 5 discussing corporate structural power through public-private partnerships, giving direct rule-making power to corporations, and the development of corporate codes of conduct as a form of regulatory agenda setting.

¹⁰⁶ For a detailed examination see Peter Muchlinski “The Changing Nature of Corporate Influence in the Making of International Economic Law: Towards ‘Multistakeholderism’ ” in M. Bungenberg, M. Krajewski, C.J. Tams, J.P. Terhechte, A.R. Ziegler (eds) 11 *European Yearbook of International Economic Law* 3 (Springer, Cham, 2020) https://doi.org/10.1007/8165_2020_52. See too Scott Jerbi “Assessing the roles of multi-stakeholder initiatives in advancing the business and human rights agenda” 94(887) *International Review of the Red Cross* 1027 (2012).

concern.¹⁰⁷ In relation to responsible business conduct issues, these arrangements range in function from: policy-oriented multi-stakeholder groups such as the Kimberley Process Certification Scheme (KPCS) established in 2003 as a multilateral trade regime to prevent the flow of “conflict diamonds”; standard-setting organisations such as the International Standards Organisation (ISO) which entered the field of ICSR when it adopted the ISO 14000 Environmental Management Standard and the ISO 26000 Social Responsibility Standard; and project-oriented groups of which the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh of 15 May 2013, renewed in 2018 and 2021, offers an example.¹⁰⁸ This is “a legally-binding agreement between global brands & retailers and IndustriALL Global Union and UNI Global Union and eight of their Bangladeshi affiliated unions to work towards a safe and healthy garment and textile industry in Bangladesh.”¹⁰⁹ Now known since 2021 as the International Accord for Health and Safety in the International Textile and Garment Industry it has also adopted a second agreement covering the garment and textile industry in Pakistan.¹¹⁰

MSIs need to take heed of a number of design and procedure questions to ensure their effective and legitimate operation. These revolve around how the “stakeholders” are identified and admitted to the arrangement, how power imbalances between various stakeholders are dealt with and how transparency and accountability is to be achieved.¹¹¹

Some progress has been made by MSIs themselves. For example, the International Social and Environmental Accreditation and Labelling (ISEAL) Alliance was formed to ensure credible and legitimate standard setting by environmental sustainability MSIs.¹¹² A further example of procedural standard setting comes from the Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity (MSI Integrity). This is a non-profit organisation, “dedicated to understanding the human rights impact and value of voluntary MSIs that address business and human rights.”¹¹³ This body has developed an MSI Evaluation Tool to help MSIs assess whether their membership and procedures adhere to good governance practices.¹¹⁴ As with the ISEAL Credibility Principles the MSI Evaluation Tool stresses the need to

“(a) address any power imbalances or adversarial relationships that may disadvantage stakeholders with fewer resources, such as global south or local representatives, or civil

¹⁰⁷ See Muchlinski *ibid* at 4-5. See further Harris Gleckman *Multistakeholder Governance and Democracy: A Global Challenge* (Abingdon, Routledge, 2018) Preface, xiii. See too M. Raymond M and L. Denardis “Multistakeholderism: anatomy of an inchoate global institution” 7(3) *International Theory*, 572 at 574 (2015), who assert, “multistakeholderism entails two or more classes of actors engaged in a common governance enterprise concerning issues they regard as public in nature and characterized by polyarchic authority relations constituted by procedural rules.” Polyarchy, “entails situations where authority is distributed among a number of actors” *ibid*, 580.

¹⁰⁸ See generally Gleckman *ibid* 16-25 and for detailed analysis of the examples in the text see Muchlinski n 36, 17-26.

¹⁰⁹ Bangladesh Accord Foundation “About the Accord” at <http://bangladeshaccord.org/about/>. <http://bangladeshaccord.org/signatories/>

¹¹⁰ See International Accord “Governance” at <https://internationalaccord.org/about-us/governance/>. For the full list of brand and trade union signatories of both agreements see: <https://internationalaccord.org/signatories/>

¹¹¹ See Muchlinski n 36, 23-6 for a detailed analysis.

¹¹² ISEAL Credibility Principles (June 2021) at <https://www.isealalliance.org/credible-sustainability-standards/iseal-credibility-principles>.

¹¹³ See MSI Integrity “Our Mission and Vision” at <http://www.msi-integrity.org/test-home/mission-principles/>

¹¹⁴ MSI Integrity “MSI Evaluation Tool” at <http://www.msi-integrity.org/evaluations/msi-evaluation-tool-2/>. See too MSI Integrity, *The Essential Elements of MSI Design* (2017) at http://www.msi-integrity.org/wp-content/uploads/2017/11/Essential_Elements_2017.pdf

CORPORATE RESPONSIBILITY AND TRANSNATIONAL LAW: A SHORT STOCKTAKING

society or affected community participants; (b) ensure it has sufficient resources to operate effectively; and, (c) establish decision-making processes that are efficient, inclusive, and capable of overcoming internal disputes. Finally, to the extent that transnational standard-setting MSIs operate as governance tools, they must also be transparent and accountable.”¹¹⁵

The Evaluation Tool fleshes these principles out into a detailed check-list of the minimum requirements to meet these goals.

However, in July 2020, MSI Integrity changed course and abandoned its original mission to improve MSIs. It concluded,

“After reflecting on a decade of research and analysis, our assessment is that this grand experiment has failed. MSIs are not effective tools for holding corporations accountable for abuses, protecting rights holders against human rights violations, or providing survivors and victims with access to remedy. While MSIs can be important and necessary venues for learning, dialogue, and trust-building between corporations and other stakeholders—which can sometimes lead to positive rights outcomes— they should not be relied upon for the protection of human rights. They are simply not fit for this purpose.”¹¹⁶

Instead, MSI Integrity is now focusing on reimagining the relationship between stakeholders and corporations towards new forms of doing business that are more socially responsive and responsible, to move in their words “beyond corporations”. What is striking is that MSI Integrity sees formal legal accountability as a core aspect of their new programme:

“To us, moving beyond corporations means developing and promoting economic models and policy transformations whereby:

(1) Workers and/or affected communities are at the center of decision-making. What if businesses were legally and operationally accountable not to shareholders, but to the workers and/or the communities affected by their decisions? What if workplace democracy was a universally recognized human right? What if affected communities and workers determined who governed an organization or how that organization was run?

(2) Benefits and ownership accrue to the workers who generate value for a business and/or to the communities and rights holders who are impacted by its behavior. What if the primary economic beneficiaries of enterprises were the workers or wider communities impacted by those businesses? What if businesses who contribute a net harm to society lose their legal license to operate?”¹¹⁷

This shift from voluntary standard setting by MSIs to calls for “official” legal regulation of business actors by MSI Integrity is based on the view that the self-regulatory model of “global governance” cannot deliver effective human rights protection or ensure responsible business

¹¹⁵ *The Essential Elements of MSI Design*, 6.

¹¹⁶ MSI Integrity “Not Fit For Purpose: The Grand Experiment of Multi-Stakeholder Initiatives in Corporate Accountability, Human Rights and Global Governance” (July 2020) at <https://www.msi-integrity.org/not-fit-for-purpose/>.

¹¹⁷ MSI Integrity “Beyond Corporations” at <https://www.msi-integrity.org/beyond-corporations/>

conduct. In terms of transnational legal analysis while globalisation has prompted a carve out from both national and international law towards informal legal pluralism, the failure of MSIs adequately to protect the rights of non-commercial stakeholders is signalling a “carve-in” back to official legal regulation.¹¹⁸ This is also the case in relation to HRDD and informal grievance procedures

(b) HRDD and its Limitations

As already noted, HRDD is the cornerstone of the corporate responsibility to respect human rights under the UNGPs. It gives business actors a significant discretion in how to put HRDD into practice. HRDD has four components: initial identification of human rights risks and impacts; assessment of their seriousness and of those most at risk; avoidance and mitigation of risks and accounting for and remediation of human rights risks.¹¹⁹ The exercise by business actors of HRDD in the course of their decision-making permits a learning process to develop which, it is hoped, will lead them towards integrating human rights compliant behaviour into their operations. But is it effective in achieving this aim?

For now the answer appears to be no.¹²⁰ First, as businesses control their own HRDD, many key human rights questions may be overlooked.¹²¹ In the absence of mandatory due diligence laws business incentives to undertake HRDD remain largely reputational and sector or firm specific. If a sector or company is not very visible to the public, shareholders are silent and there is little or no campaigning by NGOs on human rights issues pertaining to that sector or company, the incentive to undertake HRDD remains minimal.¹²²

This lack of incentives is enhanced by the dilemmas businesses face when identifying human rights risks.¹²³ As FASTERLING asserts, effective HRDD processes entail a significant alteration of corporate purpose which prioritises respect for human rights over value maximisation.¹²⁴ In such circumstances the corporation may opt to avoid meaningful HRDD processes in favour of a “tick-box” exercise that aims to limit costs, avoid producing a record that could be used against the corporation or require decisions that conflict with financial corporate objectives.¹²⁵

¹¹⁸ On the carve-out of business regulation from national and international law to privatised regulation by transnational law see further Bantekas n 21.

¹¹⁹ See generally OECD *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct* (OECD, Paris, 2018) ch II “The Due Diligence Process” at <http://www.oecd.org/investment/ue-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>. For a detailed analysis see Muchlinski n 24, 100-112.

¹²⁰ The following account is based upon and develops Muchlinski *ibid* 115-118.

¹²¹ See further Daniela Chimisso dos Santos and Sara L. Seck “Human rights due diligence and extractive industries” in Surya Deva and David Birchall (eds) *Research Handbook on Human Rights and Business* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020) ch 8 especially at 166-73.

¹²² Muchlinski n 24, 116. See further Lutz Preuss and Donna Brown “Business policies on human rights: An analysis of their content and prevalence among FTSE 100 firms” 109(3) *Journal of Business Ethics*, 289, 294-5 (2012).

¹²³ See Mark B. Taylor “Human rights due diligence in theory and practice” in Surya Deva and David Birchall (eds) n 51, ch 5. at 93-4.

¹²⁴ Björn FASTERLING “Human Rights Due Diligence as Risk Management: Social Risk Versus Human Rights Risk” 2(2) *Business and Human Rights Journal* 225 at 246 (2017).

¹²⁵ *ibid* at 247.

This problem may be exacerbated by the use of social auditing as the principal tool for implementing HRDD.¹²⁶ A social audit verifies supplier compliance with human rights standards, usually set out in a code of conduct, involving, typically, a site inspection, review of documents, if available, and interviews with managers and employees.¹²⁷ This is not always effective at avoiding breaches of human rights by business partners or subsidiaries. In particular, the audit is often no more than a one-off, rather than continuous, short check-list exercise; it may be carried out by auditors who face conflicts of interest as they are paid for by the business carrying out the audit; it will not identify all relevant human rights risks and it is often carried out only on first tier suppliers.¹²⁸ Furthermore, social auditing is as effective as the degree of leverage the auditing business has over the audited business which may not always be high enough to effect change.¹²⁹ As McCorquodale and Nolan note, HRDD is quite different from social auditing as its main aim is the collection of information not the active avoidance of human rights infringements, and that “the ongoing reliance on social auditing by businesses reflects a very limited vision of HRDD and may result in cosmetic or self-legitimizing compliance-oriented responses by business to address and reduce the potential for harms.”¹³⁰

The risk of a “tick-box” effect increases with the widening of due diligence reporting requirements.¹³¹ The increased adoption of mandatory corporate mandatory HRDD laws will increase demand for expertise in HRDD which is currently unevenly dispersed and of variable quality. Thus if the legal requirements of HRDD remain much as they are the risk of superficial “tick-box” exercises will increase. To be truly effective new laws would need to ensure that the requirements of HRDD are clearly laid down, a properly resourced and staffed regulatory body would need to be established to review corporate HRDD processes and submissions and effective complaints procedures need to be in place as would strong sanctions for non-compliance.¹³² In this respect, HRDD connotes the development of a legal duty of care and this can develop, either through statute or case-law, into a binding legal obligation at the level of national law for business actors to be liable for damage and loss caused by their failure to observe human rights.¹³³ Indeed in 2017, the UK Parliamentary Joint Committee on Human Rights proposed that new legislation be adopted, “to impose a duty on all companies to prevent human rights abuses, as well as an offence of failure to prevent human rights abuses for all companies, including parent companies, along the lines of the relevant provisions of the

¹²⁶ See Justine Nolan and Nana Frishling “Human rights due diligence and the (over) reliance on social auditing in supply chains” in Deva and Birchall (eds) n 51, 108.

¹²⁷ *ibid* at 118

¹²⁸ *ibid* at 121-3. On the issue of human rights auditor independence see James Harrison “Human Rights Due Diligence: Challenges of Method, Power and Competition” (Centre for Human Rights in Practice, University of Warwick, March 2023) at <https://wrap.warwick.ac.uk/174876/1/WRAP-harrison-hrdd-2023.pdf>.

¹²⁹ See further Nolan and Frishling, n 56, 125-9.

¹³⁰ Robert McCorquodale and Justine Nolan “The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses” 68 *Netherlands International Law Review* 455 at 468 (2021). <https://doi.org/10.1007/s40802-021-00201-x>

¹³¹ See Harrison n 58 on which this paragraph draws.

¹³² For a critical assessment of existing mandatory HRDD laws see Surya Deva “Mandatory human rights due diligence laws in Europe: A mirage for rightsholders?” 36 *Leiden Journal of International Law* 389 (2023). <https://doi.org/10.1017/S0922156522000802>.

¹³³ See Peter Muchlinski “Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation” 22(1) *Business Ethics Quarterly* 145 (2012); Doug Cassel “Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence” 1(2) *Business and Human Rights Journal* 179 (2016) <https://doi.org/10.1017/bhj.2016.15>

Bribery Act 2010.”¹³⁴ Equally the draft legally binding business and human rights instrument (LBI), currently being discussed in the UN, also seeks to determine the legal scope of binding HRDD requirements.¹³⁵ In terms of transnational legal analysis once again the movement is towards “carving-in” national and international law to regulate HRDD.

(c) Corporate Operational-Level Grievance Mechanisms

The UNGPs recommend that where enterprises have identified, through due diligence, any adverse human rights impact that they have caused, or contributed to, they must provide processes to enable remediation.¹³⁶ In some situations, recourse to judicial or state-based non-judicial mechanisms is preferable, but in many cases an operational-level grievance mechanism (OGM) established by the business enterprise may be effective.¹³⁷

The main question raised is whether OGMs will offer functional, fair and effective remediation. This is the subject of a continuing scholarly debate.¹³⁸

There is evidence that such mechanisms do not always offer effective remedies. For example, in a recent study, the Roundtable on Sustainable Palm Oil (RSPO) mechanism was found to perform well when judged according to the UNGPs’ effectiveness criteria, which stress the need for due process and accessibility for stakeholders, but performed poorly when individual cases were assessed to ascertain the outcomes that were achieved for rightsholders.¹³⁹ The most common criticism of the procedure was that it took an inordinate amount of time.¹⁴⁰ The study concludes that non-judicial grievance mechanisms will remain severely limited due to their voluntary nature and the duration of procedures suggests little immediate advantage over judicial proceedings.¹⁴¹

¹³⁴ UK Joint Parliamentary Committee on Human Rights *Human Rights and Business 2017: Promoting responsibility and ensuring accountability* (HL PAPER 153 HC 443, 5 April 2017) para 193 at <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/inquiries/parliament-2015/inquiry/>.

¹³⁵ See Muchlinski n 24, 158-171. The latest draft of the LBI adopted in July 2023 is available at: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>

¹³⁶ UNGPs n 24, Principle 22. See further Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide* (New York and Geneva, United Nations, 2012) at 63-7 available at http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf (*Interpretative Guide*); Shift, *Remediation, Grievance Mechanisms, and the Corporate Responsibility to Respect Human Rights* (New York, 2014) at https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2014/05/Shift_remediationUNGPs_2014.pdf. This section draws upon Muchlinski n 24, 142-147.

¹³⁷ *Interpretative Guide* ibid at 68. See further Shift ibid at 5-6.

¹³⁸ See further Fiona Haines and Kate Macdonald “Nonjudicial business regulation and community access to remedy” 14 *Regulation & Governance* 840 (2020).

¹³⁹ See UNGPs, n 24, Principle 31; Mark Wielga and James Harrison “Assessing the Effectiveness of Non-State-Based Grievance Mechanisms in Providing Access to Remedy for Rightsholders: A Case Study of the Roundtable on Sustainable Palm Oil” 6(1) *Business and Human Rights Journal* 67 (2021). See further James Harrison and Mark Wielga “Grievance Mechanisms in Multi-Stakeholder Initiatives: Providing Effective Remedy for Human Rights Violations?” 8(1) *Business and Human Rights Journal* 43 (2023).

¹⁴⁰ Wielga and Harrison ibid, 82-8

¹⁴¹ ibid, 88-91.

In relation to corporate level OGMs, a study by the International Commission of Jurists (ICJ) echoes these findings.¹⁴² This points out the difficulties experienced by stakeholders in accessing OGMs and the dangers of the corporation acting as both defendant and judge in a complaint. In addition, problems arise regarding the transparency and publicity of claims, the imbalance of resources between the corporation and outside stakeholders and the relationship between the procedure and judicial proceedings especially where the complainant is required to waive their right to go to court.¹⁴³

OGMs may be beneficial in weak governance zones where legal remedies are non-existent, but in states with effective legal systems OGMs may in fact replace more effective judicial remedies and give the corporation control over remediation to the possible detriment of local communities.¹⁴⁴ To avoid this, OGMs should be administered in collaboration with local stakeholders and must focus on their needs and not those of the corporation. Otherwise the OGM may become a process of self-interested local dissent management.¹⁴⁵ Equally, states should not rely on OGMs to avoid their regulatory responsibilities for upholding human rights and environmental justice. Again, in terms of transnational legal analysis these privatized methods of dispute settlement need regulating both in relation to procedural propriety as demanded by the UNGPs but also in relation to substantive effectiveness. Above all it should not be acceptable for the terms of the OGM to exclude judicial remedies for alleged victims.

6. Concluding Remarks: Bringing Official Law Back In

In his study of transnational private law theory Ilias Bantekas offers this important conclusion “Transnational regulation is predicated on state approval, yet the form of regulation it gives rise to is tantamount to a sui generis private law. Although this author finds the creation, maintenance and reinforcement of this sphere an important element in cross-border finance and commerce, it should not under any circumstances become a platform or guise for the erosion of civil liberties and socio-economic rights.”¹⁴⁶

The message from this short stocktaking of ICSR and, in particular, the rise of business and human rights is that the space opened up for corporate self-regulation through MSIs and the voluntarism of the UNGPs operationalized through HRDD and OGMs contains within it the very risks Bantekas identifies.

In response, an increased response from “official” law is taking place amid calls for greater corporate accountability for responsible conduct and observance of human rights. This is manifested in the rise of new mandatory HRDD laws and in the proposed UN binding treaty. However, as has been argued, formal law cannot by itself guarantee the effective reduction of human rights violations by businesses in the course of their operations. So much depends on

¹⁴² International Commission of Jurists *Effective Operational Grievance Mechanisms* (Geneva, November 2019) at <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/11/Universal-Grievance-Mechanisms-Publications-Reports-Thematic-reports-2019-ENG.pdf>

¹⁴³ On which see further Rae Lindsay “Multinational Human Rights Litigation from the Perspective of Business” in Richard Meeran (ed) *Human Rights Litigation Against Multinationals in Practice* (Oxford, Oxford University Press, 2021) ch 11 at 310-11.

¹⁴⁴ Muchlinski, n 24, 143. For an instructive study see Rajiv Maher, David Monciardini and Steffen Böhm “Torn between Legal Claiming and Privatized Remedy: Rights Mobilization against Gold Mining in Chile” 31(1) *Business Ethics Quarterly* 37 (2021).

¹⁴⁵ Muchlinski *ibid.*

¹⁴⁶ Bantekas n 21.

CORPORATE RESPONSIBILITY AND TRANSNATIONAL LAW: A SHORT STOCKTAKING

the content and regulatory apparatus established by HRDD laws. At a minimum they must display the characteristics described earlier: clear HRDD requirements, an effective monitoring mechanism and complaints procedure and strong legal remedies for corporate non-compliance with HRDD procedures and for violating their duty of care not to infringe human rights. In addition, while space prevents a detailed discussion of the UN draft treaty, it too raises similar questions concerning the suitability of its eventual substantive content and institutional apparatus as a means of furthering business compliance with human rights.¹⁴⁷

Equally, the process of privatized self-regulation has opened up new regulatory gaps in terms of the accountability of MSIs and in the proper conduct of OGMs. Self-regulation without formal legal oversight is unlikely to work and, if the utility of such multistakeholder and informal grievance mechanisms is to be upheld, formal legal intervention will be necessary to ensure proper organisation, accountability and procedures as well as to ensure compatibility with existing judicial and non-judicial structures of compliance with responsible business conduct norms.

Accordingly, the landscape of ICSR as a transnational legal phenomenon will display elements of both formal and informal regulation but the latter has to occur within a framework of law that ensures informality does not descend into a corporate free-for-all that effectively disregards the fundamental rights and freedoms which corporate actors have the power to undermine. “Consequently”, as Bantekas notes, “the transnational sphere should be accessible to civil society organizations, as well as parliamentary entities that seek conformity with national constitutions. The benchmark for the success of transnational law will depend on how much its end users entrench it in the rule of law and provide it with a high degree of legitimacy. Legal systems often crumble without such attributes.”¹⁴⁸ This word of warning cannot but be most strongly echoed in relation to the subject matter of this contribution.

¹⁴⁷ On which see further Jernej Letnar Čerňič and Nicolas Carillo-Santarelli (eds) *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and practical Considerations for a UN Treaty* (Cambridge, Intersentia, 2018).

¹⁴⁸ Bantekas n 21.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

**La due diligence obligatoire des entreprises en matière de respect de droit de l'homme et de l'environnement dans les chaînes d'approvisionnement mondiales :
Réflexions à la croisée du droit international public et privé**

*Francesca Romanin Jacur**

Introduction

1. La due diligence en droit international : un concept aussi diffus que de difficile interprétation
 - 1.1. La notion de due diligence à travers les différents domaines juridiques
 - 1.2. La définition de *Human Rights Due Diligence*

2. Les développements normatifs : un tableau très varié
 - 2.1. La loi de vigilance française et la *Sorgfaltspflichtengesetz* allemande
 - 2.2. La proposition de directive de l'Union européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité

3. Les complexités du contentieux
 - 3.1. La compétence juridictionnelle, autres questions relatives à la procédure et au droit applicable
 - 3.2. Récents développements jurisprudentiels

4. Conclusion

Introduction

La transition durable, juste et verte s'appuie fortement sur les entreprises transnationales et sur leurs activités qui génèrent richesse et pouvoir d'achat à travers différentes couches sociales. Au même moment, les entreprises risquent d'être impactées négativement par rapport à des droits ou des intérêts collectifs ou diffus. Il suffit de mentionner la sécurité des travailleurs et le traitement des enfants exploités à la base de certaines chaînes de production mondiales. De plus, leurs activités peuvent causer des dommages à la santé de populations (voir le déversement d'hydrocarbures dans des écosystèmes environnementaux très fragiles, comme le delta du Niger), et ont des effets négatifs sur le changement climatique.

* Associate Professor of International Law, University of Brescia.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

La mondialisation de l'économie et de ses processus productifs porte de plus en plus les entreprises à opérer dans un contexte caractérisé par la stricte coopération transnationale entre opérateurs dans la chaîne d'approvisionnement¹⁴⁹. Si, d'un point de vue économique, ce système productif peut être considéré comme unitaire, à l'inverse son encadrement juridique reste fragmenté selon les juridictions de chacun des États, et aussi selon les rapports sociétaires (rapports entre sociétés mères et leurs filiales) et contractuels (accords de distribution, franchising, contrats de production, de licence et autres). Ainsi, ce qui compte, c'est l'État dans lequel l'entreprise a son quartier général, ou bien le lieu où se situe son centre décisionnel. De plus, il y a l'État où les entreprises basent concrètement leur production, à commencer par l'extraction de matière premières, pour continuer avec les transformations successives jusqu'à arriver au produit final. Par conséquent, l'État qui réglemente la société mère, y compris dans ses aspects de production et de commercialisation, est souvent différent de l'État qui réglemente les fournisseurs et les autres aspects liés à la base de la chaîne de production. En principe, tous les États qui ont un lien avec le système de production pourraient établir leurs juridictions de compétence en cas de litige, ou appliquer leur droit matériel aux faits en cause¹⁵⁰.

Dans ce contexte, le droit international public et privé, le droit de l'Union européenne et certaines initiatives nationales visent à créer un système de réglementation des chaînes de production mondiales qui puisse combler les vides et qui dépasse la fragmentation juridique existantes afin de créer un cadre juridique plus soutenable pour les entreprises qui opèrent au niveau transnational. La protection de droits de l'homme en relation avec les activités des entreprises est depuis longtemps sur l'agenda de différentes tables de négociations au sein des Nations unies et, aujourd'hui, les efforts des négociateurs en ce domaine sont concentrés depuis 2014 sur l'adoption du *Revised Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and others Business Enterprises. Third draft LBI (2021)*¹⁵¹. Les questions liées à la responsabilité des

¹⁴⁹ Dans cette étude, on utilisera l'expression de « chaîne de valeur », « chaîne d'approvisionnement » pour se référer en général aux activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise. Par la suite, on verra que différentes interprétations de ces notions existent parmi les instruments juridiques examinés.

¹⁵⁰ Macchi remarque que : « *The main political and legal dilemmas characterising the business and human rights realm arise from the disconnect between the transnational nature of business operations and the essentially territorial nature of judicial remedies.* » (C. Macchi, *Business, Human Rights and the Environment: The Evolving Agenda*, Springer, 2022, p. 113); P. Franzina, « Il contenzioso civile transnazionale sulla corporate accountability », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4/2022, p.828-853. Une forte interaction entre le droit international privé et le droit commercial existe en lien avec ces aspects, voir F. M. Mucciarelli, « Ricomporre il nesso spezzato: giurisdizione e legge applicabile alle imprese multinazionali », *Rivista delle Società*, 2021, p. 349-364.

¹⁵¹ Open-ended intergovernmental working group (OEIGWG), Conseil des droits de l'homme (CDH), *Revised Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and others Business Enterprises. Third draft LBI*, 17 août 2021, disponible sur Internet : www.ohchr.org, par la suite *Troisième draft LBI (2021)*. Le *Troisième draft LBI (2021)*, qui, pour raisons de place, ne fait pas l'objet d'un examen approfondi dans cette étude, traite aussi de due diligence (art. 5, 6). Pour une analyse comparée de la *Proposition de directive* et du LBI, voir R. Greco, « Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection? », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 17, n° 1, 2023, p. 5-34.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

entreprises multinationales ont fait l'objet de plusieurs instruments volontaires au niveau international et national¹⁵², toutefois, en considération des limites rencontrées par cette approche volontariste, on assiste depuis peu à une tendance qui se tourne vers l'adoption de règles contraignantes au niveau tant international que national, qui envisagent une diligence requise comme obligatoire¹⁵³.

La présente étude vise, dans sa première partie, à clarifier la notion de due diligence et à montrer comment elle est interprétée dans le domaine du droit international du business et des droits de l'homme. Par la suite, la deuxième partie s'intéresse aux aspects juridiques les plus importants de ces instruments juridiques, en considérant leur champ d'application personnel et matériel, y compris les notions de due diligence et de « chaîne de valeur ». La troisième partie s'attache à voir l'interprétation donnée à ces concepts par les juges nationaux dans de récents litiges. Cette partie remarque aussi l'importance des normes de droit international privé en matière de devoir de diligence des entreprises et s'intéresse aux questions liées à la juridiction et au droit applicable. En effet, le fonctionnement des mécanismes de conflit de lois peut contribuer à assurer des solutions plus équitables aux différends, qui soient capables de rééquilibrer les positions des entreprises (parties défenderesses) et des victimes (les demandeurs) dans leurs activités, face aux obstacles de l'action en justice. La dernière partie retrace les points forts et faibles du cadre normatif actuel et propose des perspectives pour continuer la recherche dans un secteur qui montre un grand potentiel et dont on peut attendre de nombreux développements dans un futur proche.

1. La diligence due en droit international : un concept si diffus que de difficile interprétation

1.1. La notion de diligence due à travers les différents domaines juridiques

La diligence due est une notion ancienne qui remonte au droit romain¹⁵⁴. C'est une norme de comportement désormais bien établie dans le droit international contemporain, qui

¹⁵² CDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, 16 juin 2011, NU doc. HR/PUB/11/04, disponible sur Internet : https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf; Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* (<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/1922470.pdf>) et le *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises* (<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/Guide-OCDE-sur-le-devoir-de-diligence-pour-une-conduite-responsable-des-entreprises.pdf>).

¹⁵³ *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937* (par la suite, *Proposition de directive*), p. 2 : « Les mesures volontaires ne semblent pas avoir entraîné d'amélioration à grande échelle dans l'ensemble des secteurs, les externalités négatives de la production et de la consommation de l'UE sont constatées à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'Union. » En doctrine, voir C. Macchi et C. Bright, « Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation », in M. Buscemi, N. Lazzarini, L. Magi, D. Russo (dir.), *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law*, Brill, Leiden, 2020, p. 218-242.

¹⁵⁴ S. Besson, « La due diligence en droit international », *Recueil des Cours*, tome 409, p. 179. Besson trace la généalogie de la due diligence de ses origines antiques au sein du *jus civile* romain, d'une part, et au sein du *jus gentium*, de l'autre. Même s'il y a une influence mutuelle entre ces deux domaines, ils restent quand même distincts et se développent en parallèle.

 LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

joue un rôle central dans la qualification de nombreuses obligations de prévention de certains risques. Cette notion est souvent accompagnée d'adjectifs qui la qualifient comme « requise », « due », ou « raisonnable » et se réfère à des obligations de s'efforcer, en apportant une diligence, un soin ou encore une vigilance, de protéger des droits ou intérêts et non pas de garantir certains résultats. Dans certaines circonstances et à certaines conditions, le droit requiert aussi qu'on s'abstienne de nuire pour respecter lesdits droits ou intérêts. À cette dimension *ex ante*, s'ajoute une dimension *ex post* qui prolonge le devoir de vigilance, pour offrir protection contre les conséquences, qu'on les ait prévues ou qu'on eût dû les prévoir, le principe de fond étant que le titulaire du devoir de vigilance a aussi la capacité de le faire.

En droit international public, les sujets débiteurs du devoir de vigilance sont évidemment, premièrement, les États et les organisations intergouvernementales. Bien que sous des formes très variées, on peut retrouver la notion de due diligence en droit international des droits de l'homme, en droit international de l'environnement¹⁵⁵, en droit international de la santé, en droit international humanitaire, en droit international du désarmement, ou encore en droit international des investissements et en droit international de la mer¹⁵⁶. Malgré la grande popularité de la notion de diligence dans plusieurs domaines du droit, il n'est pas facile de trouver une définition et en fait, elle reçoit différentes lectures selon le contexte dans lequel se pose. Ainsi, comme le remarque justement Besson, « (...) la structure normative et le contenu de ce concept demeurent encore largement indéterminés. Une telle indétermination peut surprendre au sujet d'un principe si bien établi et répandu en droit international, mais la due diligence paie peut-être là le prix de son succès. Ainsi, y recourt-on désormais pour désigner, de manière interchangeable, un principe, un standard, une norme, voire même un devoir ou une obligation de comportement¹⁵⁷. »

On peut remarquer, de manière très intéressante, qu'un rapprochement entre la due diligence du droit privé et celle du droit international est en train de se vérifier aujourd'hui avec les instruments juridiques qui font l'objet de cette étude. Ainsi, ces instruments internationaux ne prévoient pas directement d'obligations de diligence pour les personnes privées (morales), notamment les entreprises, mais demandent aux États membres (ou parties) – comme partie de leurs devoirs de due diligence – d'adopter et de mettre en œuvre au niveau national des actes juridiques à cet effet. Au sein même du droit interne, les lois nationales établiront donc de véritables devoirs de diligence, visant à éviter que les entreprises sous leur juridiction, et dans certains cas aussi en dehors de leur juridiction, ne violent les droits de l'homme et de l'environnement.

1.2. La définition de *Human Rights Due Diligence* (HRDD)

¹⁵⁵ Notamment en matière de changement climatique, la due diligence constitue un élément fondamental de l'Accord de Paris de 2016.

¹⁵⁶ Pour une vision d'ensemble qui couvre les différentes branches du droit international, voir. H. Krieger, A. Peters, et L. Kreuzer (dir.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

¹⁵⁷ S. Besson, « La due diligence en droit international », op. cit., p. 175.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

En considération du fait que les activités des entreprises peuvent avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme soit par le biais de leurs propres activités soit par leurs relations commerciales avec d'autres parties, il semble utile d'abord de délimiter le champ d'application de la diligence requise par les entreprises en matière de respect des droits de l'homme et de l'environnement. Ainsi, par exemple, elle vise différentes significations selon qu'elle est considérée dans le contexte de droits de l'homme ou bien du droit des affaires : dans le domaine des droits de l'homme, la « diligence raisonnable » est une norme de conduite requise pour s'acquitter d'une obligation alors que, dans le droit des affaires, la « diligence raisonnable » est plutôt un processus de gestion des risques commerciaux¹⁵⁸.

À ces fins, le meilleur point de départ est les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*¹⁵⁹. Le principe directeur 13 prévoit ceci : « La responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises : a) Qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent ; b) Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences¹⁶⁰. »

Les *Principes directeurs* ne proposent pas une définition autonome de la notion de diligence, mais la Guide interprétatif se réfère la définition suivante : « La diligence raisonnable a été définie comme étant “une mesure de prudence, d'action, d'assiduité, qui est attendue, à juste titre, de la part d'une [personne] prudente et raisonnable dans des circonstances particulières et qui est généralement appliquée par elle; qui n'est pas évaluée par une quelconque norme absolue, mais qui dépend de faits relatifs au cas précis¹⁶¹” ».

Récemment, le Rapporteur de l'Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights a repris les éléments centraux des principes directeurs 15 et 17, et recommande l'inclusion dans le Troisième draft LBI (2021) de la définition suivante de « Human rights due diligence » : « (...) shall mean the processes by which business enterprises identify, prevent, mitigate and

¹⁵⁸ Sur ces différences, voir J. Bonnitcha et R. McCorquodale, « The Concept of Due Diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights », *European Journal of International Law* 28, n° 3, 2017 : 899-920, v. p. 900 : « The use of the term “due diligence” in the Guiding Principles appears to be a clever and deliberate tactic, as it is familiar to business people, human rights lawyers and states, among whom Ruggie sought to build a consensus on his approach. »

¹⁵⁹ CDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, 16 juin 2011, NU doc. HR/PUB/11/04 (par la suite *Principes directeurs*).

¹⁶⁰ Le Commentaire à cette disposition clarifie que « Aux fins des Principes directeurs, on entend par “activités” de l'entreprise ce qu'elle fait comme ce qu'elle omet de faire et par “relations commerciales” les relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux. », CDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, 16 juin 2011, NU doc. HR/PUB/11/04, disponible sur Internet : https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf

¹⁶¹ Cette définition est reprise par le *Dictionnaire Black's Law*, 6^e éd., St. Paul, Minnesota, West, 1990. Voir *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : Guide interprétatif*, 2012, disponible sur Internet : https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_PUB_12_2_fr.pdf, p. 6.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

account for how they address their adverse human rights impacts. While these processes will vary in complexity with the size of a business enterprise, the risk of severe adverse human rights impacts, and the nature and context of the operations of that business enterprise, these processes will in every case comprise the following elements: (a) identifying and assessing any adverse human rights impacts with which the business enterprise may be involved through its own activities or as a result of its business relationships; (b) taking appropriate measures to prevent and mitigate such adverse human rights impacts; (c) monitoring the effectiveness of its measures to address such adverse human rights impacts; and (d) communicating how the relevant business enterprise addresses such adverse human rights impacts regularly and in an accessible manner to stakeholders, particularly to affected and potentially affected persons¹⁶². »

On considère que le concept de « diligence requise » peut se configurer de deux façons différentes, même si celles-ci sont souvent interconnectées¹⁶³. Selon une première notion, la « diligence requise » se réfère à des processus qui contiennent une série d'obligations de prévention de certains risques, de protection contre leurs conséquences, lorsque ces risques s'avèrent et causent des dommages (*mitigate and address*), et de transparence. En particulier, cette obligation de prévention s'articule dans de nombreuses obligations procédurales, qui constituent le « minimum standard¹⁶⁴ » : identifier et évaluer les impacts négatifs qui pourraient naître des activités de l'entreprise ou bien de ses relations commerciales ; adopter les mesures adéquates pour prévenir ou réduire ces incidences négatives, contrôler périodiquement leur mise en œuvre et communiquer aux parties concernées ces initiatives (l'obligation de transparence). Un élément constitutif de la HRDD concerne son caractère d'obligation continue, puisqu'elle doit s'appliquer aux changements qui interviennent périodiquement.

La deuxième notion se réfère à un standard de comportement, qui s'applique à toutes les étapes dudit procès et qui sert pour qualifier la conduite et par conséquent pour déterminer si celle-ci est adéquate pour satisfaire le niveau requis par la loi dans le cas d'espèce. Dans ce sens, la lettre b) de la définition proposée envisage une obligation plus générale qui inclut aussi les autres et, en plus, identifie le standard à respecter *iuncto* avec les indications contenues dans le chapeau de la disposition. Ainsi, si les comportements envisagés par les lettres a), c) et d) ne sont pas assez « diligents », il y aura une responsabilité de la part du sujet par négligence dans l'action ou par omission.

¹⁶² Open-ended intergovernmental working group (OEIGWG), 8^e Session, Conseil des droits de l'homme (CDH), *Suggested Chair Proposals for select articles of the LBI (6 October 2022)*, A/HRC/WG.16/8/CRP.1, 24 octobre 2022, article 1.

¹⁶³ Sur la double nature de la notion de due diligence, voir notamment J. Bonnitcha et R. McCorquodale, « The Concept of Due Diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights », *European Journal of International Law* 28, n° 3, 2017 : p. 899-920.

¹⁶⁴ En ce sens, la définition avancée par le Président de l'OEIGWG spécifie que « these processes will *in every case* comprise the following elements » (italique ajouté).

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Parmi les éléments à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer le niveau de diligence requise, apparaissent la taille de l'entreprise, le risque de graves incidences négatives sur les droits de l'homme, la nature et le contexte de l'activité de l'entreprise¹⁶⁵. D'autres critères à prendre en considération sont envisagés dans le préambule de la *Proposition de directive* qui mentionne les « particularités de la chaîne de valeur de l'entreprise, du secteur ou de la zone géographique servant de cadre aux activités des partenaires de sa chaîne de valeur », et notamment aussi « la capacité de l'entreprise à influencer ses relations commerciales directes et indirectes¹⁶⁶ (...) ». »

2. Les développements normatifs : un tableau très varié

Pendant qu'aux Nations Unies continuent les négociations pour l'adoption du *Troisième draft LBI (2021)*, on assiste, au sein de l'Union européenne, aux étapes finales de l'adoption de la *Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité* (par la suite, *Proposition de directive*¹⁶⁷). Entre-temps, à niveau national, plusieurs États membres ont récemment introduit une législation sur le devoir de vigilance en matière de durabilité¹⁶⁸, tandis que d'autres sont en train de légiférer ou envisagent des initiatives similaires¹⁶⁹ ; d'autres États membres encore pourraient décider de ne pas légiférer dans ce domaine. Malgré l'intention, quelquefois explicite¹⁷⁰, des États de se baser sur les normes internationales existantes, telles que les *Principes directeurs* des Nations Unies ou les normes de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises, les lois récentes sur le devoir

¹⁶⁵ Déjà, le principe directeur 17 envisage ces éléments et en ajoute d'autres, qui caractérisent la notion de diligence, en prévoyant que les incidences négatives peuvent être potentielles ou actuelles, et notamment que les activités qui comptent sont celles de l'entreprise mais aussi celles d'autres opérateurs qui ont une relation commerciale avec elle. Cette approche flexible à la notion de due diligence est cohérente avec l'approche adoptée par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, dans son avis consultatif sur *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, Affaire n° 17 du 1^{er} février 2011 (voir notamment par. 117), disponible sur Internet : <https://www.itlos.org/fr/main/affaires/role-des-affaires/affaire-no-17/>

¹⁶⁶ *Proposition de directive*, préambule, par. 15.

¹⁶⁷ *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 2022/0051*.

¹⁶⁸ Par exemple, pour les Pays-Bas, la loi n° 401/2019 du 24 octobre 2019 sur le travail des enfants tout au long de la chaîne de valeur des entreprises nationales ou active sur le territoire national (*The Netherlands, Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid)*, 13 November 2019). La loi néerlandaise prévoit un devoir de vigilance horizontal obligatoire pour les problèmes liés au travail des enfants tout au long de la chaîne de valeur. En Norvège, *Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven)*, LOV-2021-06-18-99. En Allemagne, *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*, 16 juillet 2021, Official Gazette 2021 I 2959 (par la suite, *Sorgfaltspflichtengesetz*). M. Fasciglione, « The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the Legal Systems of EU Countries », in *Human Rights and International Legal Discourse*, 2016, p. 94.

¹⁶⁹ Des campagnes menées par la société civile en faveur de l'introduction d'une législation sur le devoir de vigilance sont en cours en Irlande, en Espagne et en Suède. En Autriche, un parti politique a soumis un projet de loi sur la responsabilité sociale concernant le travail forcé et le travail des enfants dans le secteur de l'habillement.

¹⁷⁰ La loi allemande vise à transposer et donner application aux *Principes directeurs* des Nations Unies de 2011 et aux nombreux autres traités internationaux, comme prévu par la loi elle-même, *Sorgfaltspflichtengesetz*, Section 1, par.2, annexes 1 à 11.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

de vigilance au sein de l'Union européenne diffèrent fortement l'une de l'autre, souvent sur des aspects d'importance fondamentale. Le champ d'application personnel, la notion de « chaîne de valeur » et son ampleur, y compris la notion de fournisseurs directs et indirects, mais aussi les exigences de fond liées au devoir de vigilance, les mesures de mise en application et les obligations correspondantes des administrateurs divergent et pourraient encore diverger à l'avenir. Sans avoir l'ambition de les examiner à fond, les aspects plus importants seront pris en considération de manière synthétique, en s'attardant, tout d'abord, sur les lois allemande et française et, ensuite, sur la *Proposition de directive*.

2.1. La loi de vigilance française et la *Sorgfaltspflichtengesetz* allemande

En ce qui concerne le champ d'application personnel, en vertu de la loi allemande sur la due diligence sur la chaîne de valeur (*Sorgfaltspflichtengesetz*), toute entreprise possédant une succursale et employant au moins 3000 personnes en Allemagne (1 000 à compter de 2024) relève du champ d'application de la loi. Le champ d'application *ratione personae* de la loi inclut toutes les entreprises, sous quelque forme juridique qu'elles soient, ayant leur siège principal en Allemagne. Les entreprises étrangères qui ont le même nombre d'employés et ayant une filiale en Allemagne rentrent aussi dans son champ d'application.

La loi française s'applique à « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance¹⁷¹. » On remarque donc que ces deux lois diffèrent l'une de l'autre en relation à leur champ d'application personnel et aussi, comme on le verra par la suite, en relation au champ d'application de la *Proposition de directive*.

Une autre différence concerne l'identification de risques d'atteinte aux droits de l'homme et à l'environnement, puisque la loi allemande les prévoit expressément dans une liste, tandis que la loi française ne les mentionne que d'une façon générale¹⁷².

En ce qui concerne la notion de « chaîne de valeur », elle requiert d'affronter la question strictement connectée d'identifier les autres sujets qui engagent, par leur conduite, la responsabilité de l'entreprise au sommet de la chaîne de production. Dans ce contexte, il existe plusieurs critères applicables pour déterminer le type de lien ou de contrôle qui doit exister entre les entreprises mère et fille d'un même groupe sociétaire, ou entre l'entreprise client et son fournisseur. Quel type de contrôle faut-il pour établir une obligation de surveillance ou de diligence raisonnable et donc une responsabilité de la part de la société mère ou de la société liée dans la chaîne de valeur ?

¹⁷¹ En France, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (par la suite, *Loi française sur le devoir de vigilance*). La loi été transposée dans le code du commerce, art. L. 225-102-4.

¹⁷² Afin de clarifier les définitions de risque individuel dans leur contexte, le *Sorgfaltspflichtengesetz* fait référence à 14 conventions internationales qui sont jointes dans une annexe à la loi, qui incluent les Pactes relatifs aux droits de l'homme et huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT).

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Au niveau du droit international, par exemple, le *Troisième draft LBI (2021)* fait référence au contrôle juridique ou *de facto* sur la personne morale ou son comportement¹⁷³. D'autres sources, telles que la loi française sur le devoir de surveillance, suivent le critère du contrôle « direct et indirect » par rapport aux sociétés du même groupe, et le critère plus restrictif de la « relation commerciale établie » pour identifier les partenaires auxquels s'applique le devoir de diligence¹⁷⁴. La loi allemande inclut toutes activités de production, d'exploitation de produits et de prestation de services, qu'ils soient effectués en Allemagne ou à l'étranger. Ainsi, si d'un côté la loi allemande prévoit une réglementation plus contraignante des conduites de l'entreprise et de ses fournisseurs directs, selon laquelle l'entreprise doit adopter des mesures de prévention, de l'autre elle ne prévoit pas de s'appliquer aux fournisseurs indirects, envers lesquels le devoir de diligence n'apparaît que dans une obligation « limitée » de mettre en œuvre une évaluation des risques (*risk due diligence*). Ces différences existent aussi par rapport à autres lois. Ainsi, par exemple, la loi norvégienne couvre toutes les relations commerciales au long de la chaîne de valeur, mais n'envisage pas les aspects environnementaux, alors que la *Swiss Responsible Business initiative* fait référence au contrôle économique.

De ce qui précède, il ressort clairement une nécessité d'harmonisation en ce qui concerne le type de contrôle, à savoir s'il doit être juridique ou *de facto*, de quel genre – économique, opérationnel, financier – ou enfin général sur l'entreprise ou spécifique au comportement qui a généré l'illicite. Ce cadre juridique relatif au type de relation entre les deux entités devient encore plus complexe si l'on ajoute – comme élément pertinent pour l'imputation de la responsabilité à la société mère – l'existence d'engagements pris par la société mère dans le cadre de sa HRDD.

La loi française exige non seulement que les entreprises prennent des mesures pour identifier les risques au sein de leur chaîne d'approvisionnement et pour prévenir les violations, mais elle précise également que ces mesures doivent être adéquates et efficaces dans leur mise en œuvre. Ces qualifications sont essentielles, puisqu'elles doivent assurer que les entreprises ne peuvent pas se contenter d'approuver seulement formellement les mesures énumérées par la loi. Deuxièmement, les entreprises doivent rédiger un « plan de vigilance » et le rendre public. Cette exigence de transparence devrait permettre aux parties prenantes de vérifier si une entreprise a correctement identifié les risques causés par ses activités et si les

¹⁷³ *Troisième draft LBI (2021)*, art.6.3 b).

¹⁷⁴ *Loi française sur le devoir de vigilance*, art. L. 225-102-4.-I. : « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, *directement ou indirectement*, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une *relation commerciale établie*, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. » Pour une critique à cette approche, voir A. Bonfanti, « Catene globali del valore, diritti umani e ambiente », p.301 : « *Ferma l'imprecisione della definizione, riteniamo infatti che l'essenziale dagli obblighi di diligenza di tutti quei partner con cui l'impresa ha relazioni contrattuali "instabili" rappresenti una significativa lacuna e possa eventualmente anche incentivare la ristrutturazione della filiera per fini elusivi* ». Voir aussi C. Macchi, *Business, Human Rights and the Environment: The Evolving Agenda*, Springer, 2022, p. 98 qui préfère au critère « *established business relationship* » qui est plus strict, ce qui a été adopté par le *LBI* de « *business relationship* ». De plus, ce dernier est préférable parce qu'il s'applique à toutes les relations de l'entreprise selon un paramètre qualitatif de participation alors que l'autre semble plus enclin à reconnaître un lien quantitatif et *a priori* plus restrictif.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

mesures prises pour faire face à ces risques sont adéquates et mises en œuvre. Troisièmement et de majeure importance pour garantir l'effectivité de l'ensemble des dispositions précédentes, les États doivent se doter des mécanismes judiciaires pour offrir des recours effectifs aux victimes. Toute personne intéressée peut demander à un juge d'ordonner à une entreprise de se conformer à la loi. Si le non-respect de la loi par une entreprise a causé un dommage à un tiers, ce tiers peut demander une indemnisation au titre du droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, en termes de nature de la responsabilité pour violation du devoir de vigilance, la loi française envisage une responsabilité civile, tandis que la loi allemande exclut délibérément la responsabilité en cas de violation¹⁷⁵. D'autre part, la loi allemande prévoit des sanctions de nature administrative, comme par exemple que l'entreprise ne puisse pas participer aux procédures publiques (par exemple, le *public procurement*).

D'autres différences existent en ce qui concerne les aspects du procès¹⁷⁶.

La loi française et la loi allemande diffèrent considérablement en ce qui concerne le champ d'application personnel, les conditions de fond et les mesures de mise en application. Les raisons pour lesquelles une seule voix européenne est exigée sur ce thème est alors bien évidente et la *Proposition de directive* vise à remplir cette fragmentation juridique, qui risque de créer des conditions de concurrence inégales entre les entreprises au sein du marché intérieur. En fait, certaines entreprises peuvent relever simultanément de deux ou plusieurs cadres juridiques nationaux différents. Une telle situation pourrait entraîner une redondance des exigences, des difficultés de mise en conformité, un manque de sécurité juridique pour les entreprises, voire des dispositions juridiques parallèles mutuellement incompatibles. À l'inverse, certaines entreprises pourraient ne relever du champ d'application d'aucun cadre national pour la simple raison qu'elles n'ont pas de liens pertinents en vertu du droit national avec la juridiction d'un État membre qui dispose de règles relatives au devoir de vigilance, et avoir ainsi un avantage sur leurs concurrentes.

2.2. La proposition de directive de l'Union européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité

Les entreprises jouent un rôle fondamental pour assurer que l'Union européenne puisse – par une transition juste et verte – arriver à une économie neutre sur le plan climatique et ainsi atteindre les objectifs de développement durable (*SDG*) prévus par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁷⁷. Dans ce but, « les entreprises doivent mettre en œuvre des processus complets visant à atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement dans leurs chaînes de valeur, intégrer la durabilité dans leurs systèmes de gouvernance et de gestion d'entreprise, et élaborer leurs décisions commerciales au regard

¹⁷⁵ *Sorgfaltspflichtengesetz*, Section 3, par. 3 : « Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt unberührt. » (romain ajouté).

¹⁷⁶ Du point de vue du procès, voir ci-dessous paragraphe 3.

¹⁷⁷ Voir https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=F

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

des incidences sur les droits de l'homme, le climat et l'environnement, ainsi qu'au regard de la résilience de l'entreprise sur le long terme¹⁷⁸. »

Les expériences législatives préexistantes au niveau européen en matière de due diligence ont soit une application sectorielle, comme par exemple les *Règlements relatifs aux minerais originaires de zones de conflit* et celui *sur les chaînes d'approvisionnement « zéro déforestation*¹⁷⁹ », soit sont essentiellement concernées par la transparence et la communication d'information, et donc présentent une ampleur d'application réduite en comparaison avec la *Proposition de directive*¹⁸⁰.

Au moment même de la rédaction de cet article, le procès d'adoption du projet de directive est encore en cours¹⁸¹.

L'objet de la *Proposition de directive* est d'établir des règles concernant : « (a) les obligations des entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et aux incidences négatives sur l'environnement, en ce qui concerne leurs propres activités, les activités de leurs filiales et les opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie ; et (b) la responsabilité en cas de manquement aux obligations susmentionnées¹⁸². »

La *Proposition de directive* prévoit des obligations de vigilance pour les entreprises, mais aussi des mécanismes de contrôle par les États et des moyens de responsabilité civile. Elle se pose donc en continuité avec les précédentes initiatives internationales sur le devoir de vigilance en ce qui concerne les mesures de mise en œuvre et aussi en relation avec leur encadrement juridique comme des « obligations de moyens¹⁸³ ».

Tout d'abord, il faut souligner que, même si la *Proposition de directive* fait partie de la stratégie européenne sur la transition verte et durable, la base juridique sur laquelle elle se fonde est de nature économique et vise à éliminer les disparités entre les réglementations nationales qui pourraient constituer des entraves à la liberté d'établissement et au bon fonctionnement du marché européen. La proposition concerne donc « les processus et les

¹⁷⁸ « Exposé des motifs », *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937*, 2022/0051, p. 1.

¹⁷⁹ Règlement (UE) 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 (JO L 130 du 19/5/2017, p. 1) ; la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union ainsi qu'à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) n° 995/2010 [COM(2021) 706 final]. Pour d'autres initiatives dans le domaine d'action de la durabilité au niveau européen voir la *Proposition de directive*, p.4 et s.

¹⁸⁰ Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers (JO L 317 du 9.12.2019).

¹⁸¹ Le 25 avril 2023, le Comité des Affaires juridiques du Parlement européen (JURI) a accepté des amendements à la version du projet présentée par la Commission européenne, qui feront l'objet d'une votation par le Parlement européen. Une fois adopté par le Parlement, les négociations finales du texte entre Parlement et Conseil pourront commencer. La *Proposition de directive* devrait être adoptée en 2024. Dans le Parlement européen, il y a neuf Comités qui travaillent sur la *Proposition de directive*. Cela représente un effort extraordinaire qui montre le grand intérêt pour ces thèmes. Dans la période présente, il s'observe une division plutôt nette entre le Parlement, en faveur d'une approche plus centrée sur la durabilité, et le Conseil.

¹⁸² *Proposition de directive*, art.1.

¹⁸³ *Proposition de directive*, préambule, par. 15 et 16.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

mesures de protection des intérêts des membres et des parties prenantes des entreprises¹⁸⁴. » Néanmoins, cette réglementation est une initiative qui présente un grand potentiel pour ses importants avantages en matière de respect de droits de l'homme et de protection de l'environnement.

Le champ d'application *ratione personae* de la *Proposition de directive* identifie les entreprises selon leur taille, et plus spécifiquement selon le nombre d'employés et leur chiffre d'affaires net. Elle inclurait également les entreprises de pays tiers opérant sur le marché de l'Union, sur la base du même critère de chiffre d'affaires net, mais calculé par rapport non pas au niveau mondial mais de l'Union européenne. Cela implique qu'il y aura un traitement différencié entre les entreprises de la même taille : les entreprises extra-européennes, auxquelles s'applique la directive, auront très probablement une taille beaucoup plus grande par rapport aux entreprises européennes¹⁸⁵. Les règles établies par la *Proposition de directive* s'appliquent donc aussi aux entreprises établies hors de l'UE, mais qui ont un lien économique très fort avec son marché.

À côté des critères économiques, afin d'atteindre pleinement les objectifs relatifs à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, le champ d'application de la *Proposition de directive* inclut aussi les entreprises actives dans des secteurs « à fort impact¹⁸⁶ ». Les entreprises opérant dans ces secteurs seront couvertes par la directive à des conditions économiques beaucoup plus strictes : plus de 250 employés (au lieu de 500) et un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros (au lieu de 150 millions d'euros). Cette approche au champ d'application personnel diffère de celui qui a été adopté par le *Troisième draft LBI (2021)*, qui prévoit de s'appliquer à toutes entreprises ayant un caractère transnational¹⁸⁷.

Un devoir spécifique de vigilance en matière de changement climatique est prévu pour les grandes entreprises¹⁸⁸. Ce devoir ultérieur se compose de deux éléments : en premier lieu,

¹⁸⁴ La base juridique de la directive sont les articles 50 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). La première disposition confère à l'Union européenne la compétence d'agir pour réaliser la liberté d'établissement notamment « en coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés (...), pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ». (TFUE, art. 50, par. 1 et 2, point g). L'article 114 du TFUE prévoit l'adoption des mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, notamment dans le cas où les disparités entre les réglementations nationales sont de nature à entraver les libertés fondamentales ou à créer des distorsions de concurrence, et par conséquent sur le fonctionnement du marché intérieur. *Proposition de directive*, par. 2.

¹⁸⁵ *Proposition de directive*, art. 2.2.

¹⁸⁶ Ces derniers sont décrits selon une catégorisation plutôt large et incluent : la fabrication et le commerce de textiles, d'articles en cuir et de produits connexes (y compris les chaussures) ; l'agriculture, la sylviculture, la pêche, la fabrication de produits alimentaires et le commerce de gros de matières premières agricoles, d'animaux vivants, de bois, de denrées alimentaires et de boissons; l'exploitation et le commerce des ressources minérales, quel que soit leur lieu d'extraction (y compris le pétrole brut, le gaz naturel, le charbon, le lignite, les métaux et minerais métalliques, ainsi que tous les autres minerais non métalliques et produits de carrière). *Proposition de directive*, par. 22 ; art. 1(b) ; art. 2(b). La même observation faite ci-dessus en relation au traitement différencié entre entreprises européennes et extra-européennes s'applique dans ce contexte aussi : les entreprises extra-européennes de secteurs « à fort impact », auxquelles s'applique la directive, auront très probablement une taille beaucoup plus grande par rapport aux entreprises européennes des secteurs équivalents.

¹⁸⁷ *Troisième draft LBI (2021)*, art. 3.1.

¹⁸⁸ L'article 15 de la *Proposition de directive* limite son application aux entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, point a), et à l'article 2, paragraphe 2, point a).

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

l'adoption d'un plan qui vise à garantir que le modèle d'entreprise et la stratégie de l'entreprise sont compatibles avec les objectifs prévus par l'Accord de Paris de maintenir le réchauffement global au-dessous de 1,5 °C . Le plan doit inclure une évaluation de l'impact climatique, qui prend en compte la perspective de l'adaptation aux impacts négatifs que les changements climatiques ont sur les activités de l'entreprise, c'est-à-dire la perspective de la diminution des sources de gaz à effet de serre¹⁸⁹. Si le plan sous-estime un des ces aspects climatiques liés à l'activité de l'entreprise, comme par exemple un excès d'émissions de gaz à effet de serre de la part de l'entreprise, un standard plus élevé de diligence est requis : le plan de l'entreprise doit prévoir des objectifs de réduction des émissions¹⁹⁰.

Une question délicate encore à trancher concerne l'application des règles sur le devoir de vigilance aux entreprises financières, qui est fortement voulue par la Commission, mais par rapport à laquelle le Conseil préfère que ce soient les États membres à décider. Une telle solution impliquerait évidemment un manque d'harmonisation dans un secteur très important. À cet égard, par ailleurs, il faut tenir en compte, premièrement, que la chaîne d'approvisionnement des institutions financières présente des caractères tout à fait originaux et, deuxièmement, que, dans ce secteur, il y a déjà plusieurs obligations en matière de transparence et *reporting* sur des questions relatives à la durabilité. Sur ce point, il faut souligner que la proposition par la Commission différencie les obligations de diligence requise par les entreprises de celles requises par les institutions financières : une importante différenciation concerne l'extension de la chaîne d'approvisionnement, qui, dans le secteur financier, est nettement plus courte par rapport aux autres secteurs¹⁹¹. Un autre exemple significatif de dérogation au « régime ordinaire » est que, si pour les entreprises « ordinaires » l'analyse des risques dans la chaîne est une obligation continue qui doit être répétée dans le temps, les institutions financières doivent faire cette analyse des risques seulement avant d'approuver le prêt. Néanmoins elles sont toujours tenues d'effectuer des évaluations périodiques pour surveiller l'exécution de la mesure et gérer les éventuelles incidences négatives¹⁹². Cependant, sur ces aspects, beaucoup d'incertitudes restent présentes¹⁹³.

En ce qui concerne le champ d'application matériel, on assiste à son élargissement, en particulier lorsqu'il s'agit de risques potentiels là où le droit international des droits de

¹⁸⁹ Art. 15, par. 1.

¹⁹⁰ Art. 15, par. 2. De plus, un autre mécanisme sociétaire est prévu pour encourager le respect et la prise en compte avec attention de la dimension climatique du plan de la part des administrateurs, par la prévision que la partie variable de leur rémunération soit décidée en prenant en considération leurs contributions à la correcte mise en œuvre du plan qui à la fois délimite les intérêts à long terme et la durabilité de la stratégie commerciale de l'entreprise. Art. 15, par. 3: « Les États membres veillent à ce que les entreprises tiennent dûment compte du respect des obligations visées aux paragraphes 1 et 2 au moment de fixer la rémunération variable, si celle-ci est liée à la contribution d'un administrateur à la stratégie commerciale de l'entreprise, à ses intérêts à long terme et à sa durabilité. »

¹⁹¹ *Proposition de directive*, préambule, par. 19.

¹⁹² Debevoise & Plimpton, « Update on the Corporate Sustainability Due Diligence Directive », 4 mai 2023, p. 5, <https://www.debevoise.com/insights/publications/2023/05/update-on-the-directive-on-corporate-sustainable>

¹⁹³ Voir <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/eu-ministers-exclude-finance-from-due-diligence-law-in-victory-for-france/> ; <https://www.business-humanrights.org/en/blog/in-the-balance-why-european-due-diligence-legislation-must-cover-financial-services/>

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

l'homme exige normalement que le risque de préjudice soit « réel et immédiat¹⁹⁴ ». De plus, l'expansion concerne aussi la perspective personnelle si l'on considère que le devoir de vigilance des sociétés est dû pour les activités des filiales mais aussi des fournisseurs. En effet, la majeure innovation juridique introduite par ces instruments normatifs est l'extension des obligations de vigilance tout au long de la chaîne d'approvisionnement et la responsabilité juridique correspondante des entreprises en cas de violation ou lorsque des dommages se vérifient¹⁹⁵.

La version actuelle de la *Proposition de directive* prévoit que la « (...) la chaîne de valeur devrait couvrir les activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise, y compris le développement du produit ou du service et l'utilisation et l'élimination du produit, ainsi que les activités connexes des relations commerciales bien établies de l'entreprise. Elle devrait englober les relations commerciales directes et indirectes établies en amont¹⁹⁶, (...) mais aussi les relations commerciales en aval, notamment les *relations commerciales directes et indirectes bien établies*, qui utilisent ou reçoivent les produits, pièces de produits ou services de l'entreprise jusqu'à la fin de vie du produit, y compris, entre autres, la distribution du produit aux détaillants, le transport et le stockage du produit, son démantèlement, son recyclage, son compostage ou sa mise en décharge¹⁹⁷ (italique ajouté). » Dans les négociations du projet de directive, un autre aspect, sur lequel les points de vue entre Commission et Conseil divergent, concerne cette notion de « chaîne de valeur », qui est considérée comme étant trop large et que le Conseil voudrait remplacer par celle de « chaîne des activités », qui exclut de la chaîne les utilisateurs finaux des produits et services. Autrement dit, la notion est plus restrictive en ce qu'elle ne comprend pas les partenaires commerciaux en aval, mais seulement les opérateurs et fournisseurs de produits et services en amont. En outre, en ce qui concerne la notion de « relation commerciale bien établie », le Conseil est en faveur de remplacer cette notion par une plus restrictive de « *direct and indirect business partners*¹⁹⁸ ».

Un aspect de grande innovation concerne l'établissement d'une nouvelle forme de responsabilité de l'entreprise (donneuse d'ordres) en cas de manquement aux obligations de diligence : l'art. 22 de l'actuelle *Proposition de directive* prévoit que (suite à l'application de la législation nationale) les entreprises soient tenues pour responsables des dommages

¹⁹⁴ Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, Affaire *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, arrêt du 9 juin 2009, par. 129-130 ; Besson, op. cit., p. 363, par. 519.

¹⁹⁵ A. Bonfanti, « Accesso alla giustizia per violazioni dei diritti umani sul lavoro lungo la catena globale del valore: recenti sviluppi nella prospettiva del diritto internazionale privato », *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n° 171, 2021, p. 379.

¹⁹⁶ Ces activités incluent les rapports commerciaux qui conçoivent, extraient, fabriquent, transportent, stockent et fournissent des matières premières, des produits ou des pièces de produits, ou qui fournissent à l'entreprise des services nécessaires à l'exercice de ses activités. *Proposition de directive*, préambule, par. 18; art. 3, lett. g).

¹⁹⁷ *Proposition de directive*, préambule, par. 18; art.3, lett. g).

¹⁹⁸ La notion de « *direct and indirect business partners* » est définie comme « *legal entities (i) with whom the company has entered into a commercial agreement in connection with its business activities or to which it provides certain services related to its chain of activities (direct business partner) or (ii) that carry out business activities related to the company (indirect business partner)*. » Voir Debevoise & Plimpton, « Update on the Corporate Sustainability Due Diligence Directive », 4 mai 2023, p. 5, <https://www.debevoise.com/insights/publications/2023/05/update-on-the-directive-on-corporate-sustainable>, p. 5.

 LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

occasionnés par la violation de devoirs de prévention et de suppression des incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement¹⁹⁹. En relation avec les obligations de vigilance sur ses propres activités, la responsabilité de l'entreprise peut se qualifier comme étant une responsabilité pour manquement d'une obligation de moyens. Cela implique que l'entreprise ne sera pas tenue pour responsable si elle démontre qu'elle a adopté toutes les mesures de prévention (ou de suppression) adéquates ou bien, même s'il y a un manquement, que les dommages n'en dépendent pas. Il faut aussi remarquer que le standard pour juger le comportement de l'entreprise est plus souple quand il s'agit de déterminer sa responsabilité pour des dommages occasionnés par un partenaire indirect lié à l'entreprise par « une relation commerciale bien établie²⁰⁰ ». Comme justement remarqué par Bonfanti, le champ d'application de la responsabilité civile ne renvoie pas aux obligations en matière du changement climatique, visées à l'art. 15 de la *Proposition de directive*²⁰¹. Par conséquent, lorsque la formulation de l'article paraît exclure une responsabilité extra-contractuelle des entreprises pour leur contribution au changement climatique, cela n'empêche pas que l'on puisse envisager une responsabilité pour violation des droits de l'homme causés (indirectement) par le changement climatique.

Le régime de responsabilité s'applique sans préjudice d'autres règles déjà existantes et applicables directement aux participants à la chaîne de valeur²⁰².

La seule disposition ayant un contenu de droit international privé est l'art. 22.5 de la *Proposition de directive* qui élève au niveau de loi de police « la responsabilité prévue dans les dispositions de droit national transposant le présent article [afin qu'il] soit de nature impérative dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un État membre ». Cette prévision aura l'avantage d'affiner le standard applicable en matière de responsabilité civile, mais en considération du fait que chaque État va mettre en œuvre la directive suivant ses propres prérogatives nationales, en termes de sécurité juridique, les effets seront plutôt limités²⁰³.

3. Les complexités du contentieux

Les litiges en matière de responsabilité des entreprises pour violation de leur devoir de diligence se caractérisent souvent comme étant particulièrement complexe à cause de différents éléments : par exemple, comme on l'a remarqué dans les paragraphes précédents, il faut établir les conditions pour l'attribution de la responsabilité qui, souvent, requièrent de remonter plusieurs « marches » de la chaîne d'approvisionnement. Ensuite, on assiste souvent à des violations des droits de l'homme, mais aussi de plus en plus des intérêts collectifs,

¹⁹⁹ *Proposition de directive*, art. 22, par. 1.

²⁰⁰ *Proposition de directive*, art. 22, par. 2.

²⁰¹ Bonfanti justement précise que : « (...) *ci sembra che l'attuale formulazione non valga invece a escludere l'insorgere della responsabilità civile per violazioni dei diritti umani causate dal cambiamento climatico* », Bonfanti, « Catene globali del valore, diritti umani e ambiente », op. cit., p. 307.

²⁰² *Proposition de directive*, art. 22, par. 3 et 4.

²⁰³ Pour une critique en ce sens, voir Bonfanti, « Accesso alla giustizia », op. cit., p. 385, qui remarque les limites de cette approche par rapport à d'autres approches proposées, envisageant des avantages concrets pour les victimes, tel que le *forum necessitatis*, et une plus large possibilité de choisir la loi applicable en matière d'obligations non contractuelles.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

comme la protection de l'environnement ; de plus, le contentieux peut impliquer plusieurs sujets qui peuvent agir en justice, d'un coté, mais aussi une pluralité de défendeurs, situés fréquemment dans des juridictions différentes²⁰⁴.

Suivant une échelle de proximité des victimes avec les entreprises, on peut classer divers types de violations, à partir de ce qui concerne les droits des individus liés par un rapport juridique avec l'entreprise. En ce sens, en considérant les relations en raison du lien le plus étroit avec l'entreprise, les situations qui apparaissent sont – en premier lieu – celles qui concernent les employés et – deuxièmement – les fournisseurs ou autres sujets qui participent à la chaîne de production²⁰⁵. Ensuite, il faut considérer les droits des tiers qui sont directement dédommagés par l'activité (ou l'omission) de l'entreprise, comme notamment il s'agit des habitants des écosystèmes pollués par l'extraction d'hydrocarbures²⁰⁶. Une troisième catégorie, qui fait de plus un plus l'objet de contentieux, concerne les activités des entreprises qui ont des effets négatifs au niveau mondial, comme le changement climatique : dans ce cas, les individus portent plainte contre les entreprises comme coresponsables pour avoir contribué à l'accélération des phénomènes climatiques, qui causent des dommages aux demandeurs²⁰⁷.

3.1. La compétence juridictionnelle et autres questions relatives à la procédure et au droit applicable

Les normes relatives à l'instauration du procès jouent un rôle très important parce que ce sont elles qui déterminent, en premier lieu, s'il tombera sous la juridiction d'un juge pour le contentieux dont il est question.

²⁰⁴ Les *Principes directeurs*, notamment le principe 26 et son commentaire, identifient les obstacles juridiques (la manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises en vertu du droit pénal et civil interne, le risque de déni de justice), les pratiques (coûts du procès, les difficultés à obtenir une représentation juridique) et autres qui pourraient amener à refuser l'accès aux voies de recours.

²⁰⁵ Voir, par exemple, le cas *Jabir and Others c. KiK Textilien und Non-Food GmbH* porté au Tribunal de Dortmund et relatif à un feu déclaré dans une entreprise pakistanaise qui produisait vêtements distribués par l'entreprise allemande Kik. Ce procès n'a pas abouti à une décision finale effective, qui a été empêchée par le décours des termes de prescription selon le droit applicable pakistanaise. Pour éviter ce type de déni de justice, les dispositions du *Troisième draft LBI (2021)* sur le délai de prescription pourraient contribuer à une issue plus équitable.

²⁰⁶ Voir, par exemple, Cour suprême du Royaume-Uni, *Okpabi and others c. Royal Dutch Shell Plc and another*, [2021], 12 février 2021, UKSC 3.

²⁰⁷ Voir, par exemple, *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, requête n° C/09/571932 / HA ZA 19-379. En anglais : Judgment of 26 May 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, disponible sur Internet : http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210526_8918_judgment-1.pdf

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

La *Proposition de directive* ne s'occupe pas de régler ni la juridiction ni le droit applicable, qui restent donc soumis respectivement au Règlement Bruxelles I-bis, et aux Règlements Rome-I et Rome-II, en matière de normes applicables à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle²⁰⁸. La juridiction est donc attribuée au juge de l'État où le défendeur a son domicile²⁰⁹. Par conséquent, lorsqu'il y a un contentieux contre une entreprise ayant son siège dans l'Union européenne, la juridiction sera en principe celle d'un juge européen. Lorsqu'à l'inverse, il s'agit d'une entreprise extra-européenne, la juridiction sera celle d'un juge européen, si elle est prévue par le droit international privé d'un État membre²¹⁰.

Puisque, notamment selon le principe du *forum regit processum*, le processus est réglé par le droit procédural national du juge²¹¹ (*lex fori*), cette détermination peut radicalement influencer le destin de la cause. En particulier, c'est donc la *lex fori* qui règle la légitimation à agir et la possibilité de porter des *class actions*, qui émergent particulièrement quand il s'agit d'identifier les sujets qui ont le droit d'agir en justice pour se plaindre contre la violation d'intérêts diffus ou bien de droits collectifs, qui s'ajoutent à la (ou les) victime(s) directe(s). Par rapport aux différentes personnes, physiques ou morales, qui peuvent agir en justice, outre les victimes directes des violations, il y a les associations non gouvernementales qui représentent les intérêts collectifs des victimes. Les ordres juridiques de certains États reconnaissent, par exemple, aux organisations non gouvernementales la capacité juridique d'agir en justice pour demander leur respect²¹². Il est intéressant de remarquer que l'art. 19.1 de la *Proposition de directive* prévoit que les États membres doivent faire en sorte que toute personne physique ou morale ait le droit de présenter une réclamation auprès des autorités de contrôle par rapport aux activités d'une entreprise soupçonnée d'être en violation de la directive. En adoptant une série plutôt large de critères pour établir l'accès aux autorités, il est prévu que soient compétentes les autorités de l'État membre où le demandeur a sa résidence habituelle, son siège social, son lieu de travail ou l'État du lieu de l'infraction présumée²¹³. Le *Troisième draft LBI (2021)*, également afin de faciliter l'accès à la justice, prévoit que les États éliminent ou réduisent les obstacles pour les requérants, et, en particulier, se retiennent de faire recours à la doctrine de *forum non conveniens*²¹⁴ ; d'autre part, qu'ils reconnaissent le *forum necessitatis* et considèrent favorablement la connexion entre contentieux aux fins de

²⁰⁸ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (par la suite, Règlement Bruxelles I-bis) ; Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (par la suite, Rome I) ; Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (par la suite, Rome II).

²⁰⁹ Règlement Bruxelles I-bis, art. 4.1.

²¹⁰ C'est ainsi que, grâce à la loi néerlandaise, qui reconnaît la compétence juridictionnelle pour connexion, la Cour s'est déclarée compétente concernant la filiale nigérienne de l'entreprise Royal Dutch Shell dans l'affaire *Milieudefensie et al c. RDS*.

²¹¹ Cette solution est prévue aussi par l'art. 11.1 du *Troisième draft LBI (2021)*.

²¹² Voir, par exemple, la *Loi française sur le devoir de vigilance*, art. L. 225-102-4 : « Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter (italique ajouté) »

²¹³ « Exposé de motifs », *Proposition de directive*, Section 5, p. 29.

²¹⁴ *Troisième draft LBI (2021)*, art. 9.3.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

l'établissement de la juridiction compétente²¹⁵. En considération de la complexité du contentieux, cette possibilité joue un rôle clé puisque c'est souvent seulement, en tout premier lieu, grâce au soutien économique, à l'aide juridique et à la fonction d'assemblage de ces organisations qu'un contentieux peut commencer²¹⁶.

S'agissant d'un type de contentieux où de nombreux sujets peuvent être défendeurs, la *lex fori* règle aussi la possibilité de poursuivre en justice plusieurs sujets qui peuvent être de différentes nationalités. Par exemple, la société mère et la filiale ou une société fournisseuse.

En regardant de plus près les pouvoirs du juge et les autres aspects procéduraux, des différences sensibles existent entre les procès de chaque État en matière de prise de preuves, saisie préventive, et notamment intervention d'urgence, telles que les mesures conservatoires. Plus dans le détail, le juge peut rarement commander au défendeur (normalement l'entreprise) de donner accès à certaines informations qui sont dans sa sphère de contrôle et qui sont nécessaires pour fonder la demande de l'acteur. Il suffit d'imaginer pour cela les difficultés rencontrées pour connaître et examiner à fond les échanges de documents et d'informations qui sont à la base des décisions prises par le sommet de l'entreprise et qui, souvent, sont la conduite qui a causé les événements aboutissant à la violation des droits. De plus, s'agissant d'évaluer la due diligence de la part de l'entreprise, il est tout à fait évident que cette appréciation requiert un jugement « qualitatif » des comportements tenus, ce qui dépend d'une connaissance approfondie et directe des échanges entre les différents participants aux processus de prise de décision. À cet égard, le *Troisième draft LBI (2021)* prévoit, quand cela est possible, que les États introduisent la possibilité de reverser la charge de la preuve en faveur des victimes²¹⁷. Dans le cas de la loi française, bien que des versions préparatoires aient envisagé la charge de la preuve sur les entreprises, ce qui aurait renforcé l'effectivité du régime de responsabilité des entreprises, dans sa version finale, la charge de la preuve est finalement restée sur les demandeurs, ce qui rend beaucoup plus difficile la possibilité de porter plainte.

En ce qui concerne le droit applicable aux principaux aspects du différend lorsque celui-ci porte sur la violation des droits des travailleurs employés par l'entreprise, s'agissant de responsabilité contractuelle, le droit applicable sera identifié par le Règlement Rome I, notamment à travers l'art.8²¹⁸.

En revanche, s'il s'agit de violation d'obligations extracontractuelles, relatives à la protection des droits de l'homme, selon le Règlement Rome II, le droit applicable sera celui

²¹⁵ Ibid., art. 9.4.

²¹⁶ F. Marrella, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, Recueil des Cours, tome 385 (2017), p. 295 : « Dans son expression la plus générale l'on pourrait même commencer à dire que le droit des victimes à un recours effectif est devenu une norme de droit international coutumier. »

²¹⁷ *Troisième draft LBI (2021)*, art.7.5.

²¹⁸ L'art. 11.2 du *Troisième draft LBI (2021)* prévoit que : « *All matters of substance which are not specifically regulated under this [international legally binding instrument] may, upon the request of the victim, be governed by the law of another State where : a) the acts or omissions have occurred or produced effect ; or b) the natural or legal person alleged to have committed the acts or omissions is domiciled.* » Pour une analyse en détail de ces aspects, voir A. Bonfanti, « Accesso alla giustizia per violazioni dei diritti umani sul lavoro lungo la catena globale del valore: recenti sviluppi nella prospettiva del diritto internazionale privato », *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n° 171, 2021, p. 374.

 LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

de l'État – même s'il s'agit d'un État tiers²¹⁹ – où les dommages se sont vérifiés, sauf si – une exception très limitée – la violation présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays²²⁰ (*lex loci damni*). S'il s'agit de violations qui causent des dommages environnementaux, le Règlement Roma II prévoit, aux termes de l'art. 7, que – à coté du critère du lieu où les dommages se sont produits – le demandeur a la possibilité de choisir le droit de l'État où le ou les faits, qui ont causé les dommages, se sont vérifiés (*lex loci delicti*).

3.2. Récents développements jurisprudentiels

Les juges nationaux se sont déjà occupés de questions relatives à la due diligence et ont notamment statué sur la juridiction, sur le devoir de vigilance de la société mère (ou celle au sommet de la chaîne) par rapport à des violations dérivant de l'activité d'une filiale ou d'une entreprise fournisseuse²²¹. Ainsi, la Cour suprême du Royaume-Uni, dans le cas *Vedanta Resources PLC et al. c. Lungowe et al.*, a établi sa juridiction de compétence et s'est prononcée pour la responsabilité de l'entreprise Vedanta pour les délits commis par sa filiale en Zambie dans l'exploitation d'une mine de cuivre²²². La Cour a conclu que les documents publiés par Vedanta, dans lesquels la société affirmait maintenir des normes appropriées de contrôle environnemental sur les activités de ses filiales et les mettre en œuvre par le biais de surveillance, formation et d'autres mesures, étaient suffisants pour envisager une obligation de diligence de sa part²²³. Dans son raisonnement, la Cour considère aussi les difficultés économiques des demandeurs qui n'auront pu avoir un accès effectif à la justice²²⁴.

Un autre différend où les juges se sont prononcés sur la loi applicable, sur les notions de chaîne d'approvisionnement, sur le contenu du devoir de vigilance et la responsabilité de l'entreprise est le différend *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*. Les demandeurs – sept organisations non gouvernementales et dix-sept mille autres citoyens néerlandais – ont porté plainte contre Royal Dutch Shell, pour faire reconnaître le devoir de prévenir et d'atténuer les changements climatiques comme faisant partie du devoir de due diligence prévue par le droit néerlandais. Après avoir établi la juridiction du juge néerlandais sur la base du domicile de l'entreprise, ou bien de l'État où les événements qui ont causé les dommages se sont produits, la Cour a pris sa décision sur la base du droit néerlandais²²⁵. La Cour se fonde sur l'art. 7 du

²¹⁹ Règlement Rome II, art. 3.

²²⁰ Règlement Rome II, art.4.3.

²²¹ Pour un aperçu du contentieux, voir R. McCorquodale, « The Litigation Landscape of Business and Human Rights », R. Meeran (ed.), *Human Rights Litigation against Multinationals in Practice*, Oxford University Press, 2021, p. 1.

²²² Cour suprême du Royaume-Uni, *Vedanta Resources PLC and another c. Lungowe and others*, jugement du 10 avril 2019, [2019] UKSC 20.

²²³ Sur la capacité des instruments des CSR et de *best practices* de fonder un devoir de diligence des sociétés mères, voir notamment, C. Glinski, « Corporate Social Responsibility and Corporate Liability for Environmental Damage », in B. Pozzo et V. Jacometti (dir.), *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, 2021, p.111-132.

²²⁴ *Vedanta Resources PLC and another c. Lungowe and others*, jugement du 10 avril 2019, par. 90 : « *The judge found that the claimants were at the poorer end of the poverty scale in one of the poorest countries of the world, that they had no sufficient resources of their own (even as a large group) with which to fund the litigation themselves (...).* »

²²⁵ *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.3.6.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Règlement Rome-II. Cette interprétation implique que plusieurs événements pourraient donner lieu au même dommage environnemental et que – par conséquent – plusieurs lois pourraient être applicables, et choisies par les demandeurs, comme *lex loci commissi delicti*. Selon la Cour, les Pays-Bas sont le pays du *lex loci commissi delicti*, en sa qualité de « pays dans lequel l'événement à l'origine du dommage [environnemental] s'est produit », dans la mesure où les émissions mondiales de CO₂ du groupe peuvent être attribuées à des décisions stratégiques prises à son siège aux Pays-Bas²²⁶.

En ce qui concerne la notion de « chaîne d'approvisionnement », il est intéressant de remarquer que la Cour considère que « *RDS' value chain includes the closely affiliated companies of the Shell group, on which it has a policy-setting influence (...). These also include the business relations from which the Shell group purchases raw materials, electricity and heat. Finally, the end-users of the products produced and traded by the Shell group are at the end of RDS' value chain. RDS' responsibility therefore also extends to the CO2 emissions of these end-users²²⁷ (Scope 3).* » Selon le raisonnement de la Cour, le devoir de due diligence et la responsabilité de RDS qui en découle se fondent sur son rôle de *policy setting* à l'intérieur du groupe sociétaire. Ce critère pour établir la responsabilité est beaucoup plus faible que celui d'*operational control*, qui avait été adopté par les juges anglais dans de précédentes décisions²²⁸.

Cette décision apparaît moins progressiste en matière de reconnaissance de la légitimité d'agir en justice par les particuliers, quand ils n'ont pas de *sufficiently concrete individual interest*. Cette approche est conforme aux récentes décisions rendues par d'autres juridictions où la qualité pour invoquer des obligations de lutte contre le changement climatique a été accordée à des parties représentant des intérêts publics mais pas à celles qui veulent défendre des droits individuels²²⁹.

²²⁶ *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.4.4 : « *RDS determines the general policy of the Shell group. The companies in the Shell group are responsible for the implementation and execution of the policy, and must comply with applicable legislation and their contractual obligations. The implementation responsibility of the Shell companies does not alter the fact that RDS determines the general policy of the Shell group.* »

²²⁷ *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.4.18.

²²⁸ Voir, par exemple, *Okpabi and others c. Royal Dutch Shell PLC and other*, 2021, UKSC 3, par. 146.

²²⁹ Ces décisions considèrent que les impacts du changement climatique, bien qu'importants, sont diffus et qu'il n'est peut-être pas possible d'identifier les « victimes » individuelles du changement climatique ou les individus présentant un risque suffisamment distinct de devenir des victimes.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Plus récemment, la mise en œuvre du devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement prévue par la *Loi de vigilance* française est au centre du contentieux contre l'entreprise Total, accusée de ne pas avoir correctement mis en œuvre son plan de vigilance²³⁰. D'autres contentieux relatifs à la violation d'obligations prévues par la *Loi de vigilance* sont en cours devant la Cour de Paris²³¹.

Les développements jurisprudentiels examinés semblent indiquer une tendance d'ouverture et de majeure expansion de la reconnaissance du devoir de vigilance et des responsabilités associées pour les entreprises au sommet de chaînes d'approvisionnement²³².

4. Conclusion

Les instruments normatifs nationaux et la *Proposition de directive* apportent au cadre juridique préexistant une plus grande innovation juridique : l'extension des obligations de vigilance tout au long de la chaîne d'approvisionnement et la responsabilité juridique directe des entreprises (au sommet) en cas de violation qui en découle. Le premier effet souhaité par de telles initiatives juridiques serait d'encourager les entreprises elles-mêmes à s'organiser d'une façon plus transparente et sérieuse en matière de protection des intérêts collectifs. En outre, parmi les éléments appréciables, y a-t-il sans doute la création d'un cadre juridique plus clair et prévisible qui puisse influencer positivement à un niveau plus général, non seulement la conduite des entreprises mais aussi les attentes des actionnaires (*shareholders*), des autres parties prenantes (*stakeholders*) et des États.

Néanmoins, la *Proposition de directive* a rencontré un grand nombre de critiques. Les critiques récurrentes concernent en général les coûts économiques mais aussi les efforts en termes de capacité et de ressources humaines requises par les entreprises, y compris celles de petite et moyenne taille, mais aussi par les États dans la mise en œuvre des règles sur leur devoir de vigilance²³³. Tandis que de nombreuses entreprises peuvent déjà être correctement préparées en raison de la législation nationale en vigueur, comme par exemple en Allemagne et en France, des changements importants se rendront néanmoins nécessaires lors de la mise

²³⁰ Communiqué de Presse, 21 septembre 2022 : « les villes de Paris et New York ont officialisé rejoindre la coalition d'associations et de collectivités territoriales qui ont assigné TotalEnergies en justice pour manquement à son devoir de vigilance en matière climatique. La ville de Poitiers et Amnesty International France soutiennent également cette action », disponible sur Internet : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2022/09/DP-Coalition-Total.pdf>

²³¹ *ClientEarth, Surfrider Foundation Europe, and Zero Waste France c. Danone*, où les ONG accusent Danone de ne pas gérer de manière adéquate les risques relatifs à la production de plastique (information disponible sur <https://www.zerowaste-france.org/zero-waste-france-et-2-autres-ongs-assignent-danone-en-justice-pour-son-utilisation-de-plastique/>) ; *Comissão Pastoral da Terra and Notre Affaire à Tous c. BNP Paribas*. L'ONG fait valoir la responsabilité de la banque en relation avec le financement des projets impliqués dans la déforestation et la violation de droits de l'homme (information disponible sur <https://notreaffaireatous.org/cp-deja-visee-pour-ses-soutiens-financiers-au-secteur-des-energies-fossiles-bnp-paribas-de-nouveau-devant-la-justice-francaise-pour-son-financement-dactivites-liees-a-la-deforestation/>).

²³² Voir C. Macchi, J. Van Zeben, « *Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell* », RECIEL, 2021, p. 409-415, v. p. 414.

²³³ Les préoccupations concernent, par exemple, le devoir de reporting qui s'ajoute aux autres obligations similaires requises par d'autres récentes directives faisant partie du Green Deal et qui, souvent, n'ont pas fait l'objet d'une coordination, mais vont demander une multiplication des efforts.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

en œuvre de la directive, lorsque les États membres seront obligés de créer des mécanismes de contrôle, qui pourront adopter des sanctions administratives et/ou des régimes de responsabilité civile pour réparer les dommages. Ces effets sont une des principales préoccupations des pays en voie de développement, et tel que cela est prévisible, aussi bien le *Troisième draft LBI (2021)* que la *Proposition de directive* prévoient des mécanismes de soutien pour les entreprises, qui devront assurer en même temps une mise en œuvre économiquement soutenable pour tous les opérateurs, sans préjudice pour une réglementation effective²³⁴.

De manière étroitement liée à ces aspects, on retrouve les préoccupations sur les difficultés de contrôle du respect des règles tout au long de la chaîne de valeur, dont l'extension est incertaine. En lien avec ce dernier aspect, le risque d'aboutir à un régime de responsabilité objective et à la prolifération incontrôlée des litiges dans les différents États est bien présent. Il faut remarquer que les critères utilisés pour identifier son champ d'application sont, dans une large mesure, de nature dimensionnelle (nombre d'employés) et économique (chiffre d'affaires), et seulement partiellement en ce qui concerne les risques effectifs liés aux activités des entreprises. Ces critères ont comme conséquence de réduire le nombre d'entreprises soumises à ces règles et apparaissent comme inadéquats pour gérer d'une façon satisfaisante les nombreux défis de respect des droits de l'homme et de l'environnement²³⁵.

En outre, en ce qui concerne la contribution effective de la *Proposition de directive* à la transition juste et verte, la définition des atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement demeure problématique. Les incidences négatives sur l'environnement et sur les droits de l'homme pertinentes aux fins de la *Proposition de directive* sont prévues par l'Annexe. Toutefois les instruments juridiques qui y sont inclus, et particulièrement ceux en matière de protection de l'environnement, sont très limités et, par conséquent, la portée de la proposition est à considérer comme étant gravement incomplète²³⁶. Ces aspects font l'objet de discussions et de négociations en cours par le Parlement européen²³⁷.

La *Proposition de directive* se présente en phase avec certains aspects des lignes directrices des Nations Unies, comme par exemple ce qui a trait à la notion de *human rights due diligence*²³⁸, mais sur d'autres points – tout de même très centraux – comme, par exemple, le champ d'application subjectif ou la définition de « relation commerciale établie », elle

²³⁴ *Proposition de directive*, p. 19. À noter la disposition de l'art.6.4 du *Troisième draft LBI (2021)*, qui prévoit que les États doivent envisager des moyens de soutien pour les petites et moyennes entreprises qui risquent d'être particulièrement alourdis par la mise en œuvre de la HRDD.

²³⁵ Parmi les propositions pour étendre le champ d'application de la directive, Fasciglione suggère d'appliquer les deux critères d'une façon alternative et non pas cumulative, M. Fasciglione, « Luci e ombre della proposta di direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente », in *SIDIBlog*, 26 maggio 2022, disponible sur Internet : www.sidiblog.org

²³⁶ En cens, voir notamment la critique de A. Bonfanti, « Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una Direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese in materia di sostenibilità », *JUS*, 3, 2022, p.295-329, v. p. 305-306, qui remarque que les listes de l'Annexe ne sont pas complètes ni suffisamment claires.

²³⁷ La commission de l'environnement ENVI recommandait d'ajouter à l'article 3(b) une définition générale des atteintes à l'environnement (incluant le changement climatique, les atteintes aux sols, aux eaux, à la biodiversité et aux écosystèmes etc.). Cette proposition permettrait de pallier, en partie, l'approche restrictive de la proposition de la Commission.

²³⁸ Voir *Proposition de directive*, art. 4 et s.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

adopte une approche différente et beaucoup plus restrictive par rapport aux notions onusiennes correspondantes, qui, dans les deux cas, s'adressent à toutes les entreprises d'une façon indifférenciée.

Du point de vue du procès, l'introduction d'un devoir de vigilance « direct » facilite pour les demandeurs la tâche de fournir la preuve de l'existence d'un *duty of care* de la partie des sociétés mères et évite la nécessité de soulever le *corporate veil*. Dans cette perspective, le contentieux joue un rôle fondamental puisque l'on assiste de plus en plus – surtout en matière de changements climatiques – à des contentieux qui ne servent pas seulement à défendre et à assurer la réparation des préjudices subis et les droits violés dans un certain cas spécifique. En effet, la *strategic litigation* essaye plus largement d'influencer les futurs comportements des différents participants, tels que les entreprises, les autres demandeurs potentiels et l'opinion publique, et évidemment – enfin et surtout – le législateur, en lui donnant des suggestions jurisprudentielles qui pourraient être reprises dans le droit positif²³⁹. Ce point revêt une grande importance, puisqu'il s'agit de l'évolution complexe d'un système productif, caractérisée par des changements profonds qui concernent les objectifs que les entreprises se posent et qui ne sont plus limités à la maximisation des profits en faveur de leur actionariat, mais incluent aussi des obligations envers d'autres parties prenantes, qui sont en train de se renforcer. Cette « transition » durable et verte de la part du business doit s'accompagner d'une « transition juridique » parallèle capable d'intégrer les différentes demandes provenant des différents secteurs juridiques (civil, commercial, pénal et administratif, et des droits comparés correspondants) et des ordres juridiques (pays de tradition de droit civil plutôt que de *common law*, droit national, régional et international) pertinents.

Même si les aspects de droit international privé ne semblent pas être considérés comme centraux dans le débat international en matière de business et de protection des droits de l'homme, on retrouve une littérature bien établie qui observe comment le droit international privé n'est pas limité à un système de normes techniques et neutres, qui ne sont pas influencées par les valeurs à protéger. Bien au contraire, le droit international privé peut s'ouvrir à la prise en considération de ces valeurs et peut aussi bien contribuer d'une façon déterminante à leur protection²⁴⁰.

Les récents développements juridiques aussi bien normatifs que jurisprudentiels revêtent une certaine importance et ont reçu une abondante réaction de la part des juristes.

²³⁹ P. Franzina, « Il contenzioso civile transnazionale sulla corporate accountability », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4/2022, p. 828-853, v. p. 833 et s., souligne comment la *strategic litigation* sert aussi à promouvoir en général la durabilité des conduites des entreprises.

²⁴⁰ Sur la fonction régulatrice du droit international privé, voir R. Michaels, « Private International Law and the Question Of Universal Values », in F. Ferrari, D. P. Fernandez Arroyo (dir.), *Private International Law : Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar, 2019, p. 148 ; H. Muir Watt, « Conflicts of Laws Unbounded. The Case for a Legal-Pluralist Revival », in P. Schiff Berman (dir.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, p. 649 ; Y. Nishitani, « Public interest in Private International Law », Colloque La Haye 2023 (sur fichier avec Auteur). En particulier, concernant la responsabilité des entreprises, voir notamment L. D'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, Recueil de cours, tome 397 ; G. Carella, « Art. 19 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: attuazione della responsabilità sociale d'impresa e diritto internazionale privato », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 17, 2023, p. 169.

LA DUE DILIGENCE OBLIGATOIRE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE RESPECT DE DROIT DE L'HOMME ET DEL'ENVIRONNEMENT DANS LES CHAINES D'APPROVISIONNEMENT MONDIALES

Toutefois, comme suggestion pour de futures recherches, il est souhaitable d'avoir une approche holistique à la croisée des différents domaines du droit : normes de droit national et international public (normes constitutionnelles et autres normes sur la protection de droits de l'homme), normes du droit national et international privé (notamment, le droit commercial) et droit de l'Union européenne.

Doubling down: time for a bold framework for human rights due diligence

Youseph Farah

1. Introduction

The European and Council proposal Directive on Corporate Sustainability Due Diligence ('CSDDD') proposes bold reforms with the potential to change business practices of all EU and non-EU corporations. CSDDD is a welcomed voice calling for a new covenant between corporations and society where corporations must respect international human rights and environmental law as being core to their business. This Article provides a focused look on the extent of the corporation's human rights due diligence obligations under CSDDD vis a vis its business partners operating along its value chain, and then turning its attention to financial services. Although I focus on human rights, much of what is said will also be relevant to environmental due diligence.

I challenge two key features of the CSDDD proposal, which must be resolved during the trilogue rounds between the EU institutions. The first challenge relates to the scope of the corporation's human rights due diligence across the value chain and the obligations which arise vis a vis its business partners and beyond. I show that the obligation to conduct human rights due diligence should not be limited to identifying and removing adverse impacts directly caused by the corporation or its subsidiary. Instead, I advocate that the initial proposal by the Commission to include all adverse impacts along the entire value chain should be restored, and strengthened by adopting contractual ethics based on cooperatism, openness, and good faith.

The second challenge relates to the inexplicable desire by all three EU institutions to exempt financial institutions from the obligations under the CSDDD either partially or by creating a special carveout for financial services. Both options undermine the applicability of internationally recognised human rights to all corporations regardless of their size or sector. It is also indefensible to exempt actors with substantial impact on society and environment, and also a sector which is well versed, though as will be seen imperfectly, in conducting human rights due diligence under the Equator Principles ('EPs').

2. Background

The European and Council proposal Directive on Corporate Sustainability Due Diligence ('CSDDD'), which is currently undergoing interinstitutional negotiations between the European Parliament ('EP') and the Council of the European Union ('Council') includes bold reforms which if adopted will change business practices of all EU and non-EU

DOUBLING DOWN: TIME FOR A BOLD FRAMEWORK FOR HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE

corporations which are covered under its scope²⁴¹. Although it is certain from the current drafts that much more needs to be done to make corporations stand in line and comply with the rich body of international human rights law, and that there are clear gaps in terms of its scope, theory and practical challenges which are hard to avoid, this should not distract of the importance of the CSDDD for the advancement of fundamental values that the UN has unanimously agreed in the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights²⁴² ('UNGPs').

In the past decade or so, much effort has gone into operationalising of the UNGPs with sector specific models or toolkits advising corporations on how to conduct human rights due diligence, the extent of their duties, and designing or engaging remediation process of business related human rights violations. The financial industry is one such industry²⁴³. One should not lose sight that the UNGPs have introduced a soft normative framework, and although they made it clear that the source of the corporation's responsibility to respect human rights is jurisprudentially based in international human rights law, and international labour law²⁴⁴, it stopped short of imposing binding obligations on corporations. In other words, except under few specific domestic²⁴⁵, or regional rules that

²⁴¹ The most recent draft was proposed by the European Parliament (first reading) on the 1 June 2023. P9_TA(2023)0209 Corporate Sustainability Due Diligence Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)). Available https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.pdf. See also the Council draft Proposal for a Directive Of The European Parliament And Of The Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 30 November 2022 available <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf>. See also Commission draft-Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2022) 71, 2022/0051 (COD), 23 February 2022 available https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF. There are various formulations in the various drafts of the CSDDD which have been put forward by the Commission, Council of the European Union and the European Parliament. Much will depending on the corporation size, revenue, their sector or a combination of any of these factors

²⁴² Office of the High Commissioner for Human Rights, 'Guiding Principles for Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework' UN New York and Geneva 2011, HR/PUB/11/04, https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

²⁴³ OHCHR Response to Request from BankTrack for Advice Regarding the Application of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the Context of the Banking Sector. 12 June 2017 available at <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>. See Equator Principles EP4 July 2020 which set a private industry initiative available at <https://equator-principles.com/app/uploads/The-Equator-Principles-EP4-July2020.pdf>. See specific OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (2018) and OECD sectoral guidance, available at: <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/>.

²⁴⁴ Principles 12 of the UNGPs, (n 2)

²⁴⁵ In the UK Modern Slavery Act 2015 < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>>. In France see the French Commercial Code (French Duty of Vigilance Law) In Germany see the Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains of 16 July 2021 <https://www.csr-in-deutschland.de/SharedDocs/Downloads/EN/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf?blob=publicationFile>.

impose human rights obligations on corporations²⁴⁶, international human rights law does not directly apply to corporations²⁴⁷.

This lack of a binding framework has allowed some corporations to turn an eye on human rights violations done by their subsidiaries²⁴⁸, or operations along their value chain carried out by direct or indirect business partners that violate international human rights law. More so, some corporations managed to outsource so to speak their problematic activities to jurisdictions with weak human rights governance driven by an ever need to generate profit at the expense of the right to fundamental human rights. Luckily, the elephant in the room, ie the soft normative framework for corporate accountability to human rights could not remain unshaken, impelling some states and non-governmental organisations to require a binding international framework for business obligation to respect human rights²⁴⁹.

Nevertheless, even when considering all the shortcomings of the CSDDD, it should be viewed as welcomed initiative where corporations must respect human rights as being core to their business as opposed to being collateral responsibilities²⁵⁰, or mere externalities²⁵¹. Corporations must avoid or remove actual or potential adverse human rights impacts linked to their activities or activities which are linked to them through their direct or indirect business relationships²⁵².

3. The duty to conduct human rights due diligence in view of preventing, removing, and mitigating adverse impact.

Among the stated objectives of the CSDDD is to resolve the gaps in current voluntary standards on responsible business conduct such as the UNGPs and the OECD guidelines²⁵³ recognising that such standards have had limited effect due to the complexities of value chains, market pressures, and costs associated with their implementation²⁵⁴. The CSDDD, however, proposes a framework which differs substantially from the UNGPs in relation to three key matters. First, the CSDDD is limited

²⁴⁶ Directive 2014/95/EU amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups (OJ L 330, 15.11.2014, p. 1–9). 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 (OJ L 130, 19.5.2017, p. 1–20).

²⁴⁷ the UNGPs has not resolved the subjectivity problem of corporation to international human rights law. See Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006 Oxford University Press, chapter 2 and 3.

²⁴⁸ *Jesper v Arab Bank*, 584 U.S. (2018), 13; *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U. S. 108, 621 F.3d, 118.

²⁴⁹ <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty/>

²⁵⁰ Sheldon Leader, 'Collateralism', in Roger Brownsword (ed.) *Global Governance and the Search for Justice*, Oxford: Hart Publishing (2005).

²⁵¹ Alessio M. Paces, 'Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal', at <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/09/civil-liability-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-proposal>

²⁵² Principle 13 of the UNGPs (n 2). See recital 5 of the CSDDD Parliament draft (n 1). See Recital 13 of Council CSDDD draft (n 1).

²⁵³ OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011 update), available at: <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>, with set of recommendations on responsible business conduct.

²⁵⁴ Commission draft, explanatory memorandum, part 1, (n 1).

DOUBLING DOWN: TIME FOR A BOLD FRAMEWORK FOR HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE

in its scope. It does not apply to all corporations. Article 1 of all drafts includes various formulations which limits the application of the Directive to primarily large corporations²⁵⁵. Second, as will be shown below the CSDDD does not apply to all sectors. Third, the CSDD does not expressly state that corporations covered under its scope are bound by all internationally recognised human rights law, unlike the comprehensive and universal approach to human rights under the UNGPs²⁵⁶. Instead, it includes a list of those international law provisions that the corporations must respect in Annex I, which do not cover some important rights such as those relating to free movement of migrant workers²⁵⁷.

The CSDDD imposes concrete obligations on corporations covered under its scope to conduct human rights across its value chain, in relation to their operations, members of its corporate group, or entities with whom the company has an established business relationship, in order to prevent or remove human rights violations or mitigate any adverse impact they may have²⁵⁸. It also imposes a statutory liability regime under Article 22 of the Directive²⁵⁹. Corporations must prioritise the prevention of human rights violations over their mitigation or remediation, which is a recurring theme in all international soft and hard normative frameworks.

One important feature of the UNGPs is that they recognise that there is no ideal solution and that in practice, human rights risks vary by industries and contexts. 'Companies are not being asked to guarantee in all circumstances that adverse impacts will be either prevented or removed', which also means that the nature of the duty to conduct due diligence is risk-based, a point which was endorsed by the EP and Council drafts of the CSDDD²⁶⁰. Any risk which is highlighted as part of the due diligence identification exercise must be assessed 'based on severity and likelihood of the adverse impact'.²⁶¹ High risk situations require a more extensive due diligence. Moreover, where it is not possible to address all identified impacts at the same time, a corporation should address the impact beginning with the one deemed to represent the highest risk in accordance with its severity and likelihood, and then following the removal or mitigation of that threat

²⁵⁵ This may amount to various stopcocks which prevent its binding nature to trickle down to smaller corporations.

²⁵⁶ UNGPs state that corporations have the responsibility to respect all human rights including the International Bill of Human Rights (that is, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, core international labour Organisation Conventions as well as to UN instruments which have elaborated on the rights of specific groups or populations such as women, children, Indigenous peoples, and migrant workers. The OECD guidelines also specify that in situations of armed conflict, enterprises should respect the standards of international humanitarian law. see Amnesty International, *Closing the Loopholes Recommendations For An Eu Corporate Sustainability Law Which Works For Rightsholders*, 50. OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011, p32, <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/> 51.

²⁵⁷ Amnesty report page 17
<file:///ueahome/eresssf1/fpb16tdu/data/Downloads/IOR6065392023ENGLISH.pdf>

²⁵⁸ CSDDD (n 1)

²⁵⁹ Article 22 of the CSDDD (n 1)

²⁶⁰ EP CSDDD draft (n 1). See also Article 4(1) of the EP draft which states 'Member States shall ensure that companies conduct risk-based human rights and environmental due diligence'.

²⁶¹ OECD, Due Diligence Guidelines for Responsible Business Conduct, 2018, p23, <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-DiligenceGuidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>

corporations should proceed to the 'less significant impacts'.²⁶² This risk-based approach holds the key to resolving the challenges I address in this Article, namely that human rights due diligence should apply to the entirety of the value chain, and that the Council or EP should not make specific concessions or enable carveouts to the financial sector, a point which I will return to in the next parts of this Article.

The next section analyses Articles 5 to 8 of the CSDDD which impose, *inter alia*, core obligations on corporations to oversee that its value chain is free from actual and potential human rights violations in relation to corporate activities with business partners with whom the corporation has an established business practice (entities). The CSDDD requires corporations to leverage their contractual relationships with their business in order 'to affect change in the practices of the entity causing or contributing to the adverse impact'²⁶³. This is meant to be done through a practice of cascading of terms which essentially give effect to corporation's code of conduct containing its human rights due diligence policy, and by that force entities along the entire value chain to commit to the minimum international human rights law included under Annex I of the CSDDD.

4. Business partners and contractual Cascading

UNGPs state that corporations have the responsibility 'to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts'²⁶⁴. Article 5 of the Council draft of the CSDDD stipulates that corporations should put in place governance, a due diligence policy which among other things contain a code of conduct describing rules and principles to be followed by the company's employees, subsidiaries and the company's direct or indirect business partners²⁶⁵.

The EP draft omits any reference in Article 5 to direct or indirect business partners and instead requires of the corporation to include a code of conduct which defines 'rules and principles and measures to be followed and implemented where relevant throughout the company and its subsidiaries across all operations'²⁶⁶. This omission although seemingly minor it may nonetheless create incoherency in terms of the type of obligations which can be cascaded to all actors that affect the value chain of the corporation and may indeed therefore stand in the way of developing wider industry standards that could assist in positively influencing the widest range of economic activities along the value chain however remote these activities might be.

In relation to adverse actual or potential impact arising out of the activities of their business partners, corporation must seek contractual assurances from those entities that will ensure compliance with the corporation's code of conduct and, as necessary, a prevention action plan, including by seeking corresponding contractual assurances from its partners to the extent that their activities are part of the company's chain of activities. Corporations should provide targeted and proportionate support for an SMEs with which they have an established business relationship and collaborate with other entities,

²⁶² Overview of Due Diligence for Responsible Business Conduct, <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>, p 17.

²⁶³ Article 3 (1) (q) Parliament draft (n 1).

²⁶⁴ UNGPs (n 2), principle 13.

²⁶⁵ Article 5(1a)(b) of the CSDDD Council draft (n 1)

²⁶⁶ Article 5(1(b) of CSDDD EP draft (n 1)

including, where relevant, to increase the company's ability to bring the adverse impact to an end'²⁶⁷.

Corporations are required to prevent, remove or mitigate the adverse impacts by for example make necessary financial or non-financial investments, "or offer low interest loans to the entity, or guidance such as training or upgrading management systems". The overall impression is that corporations should also adapt business models, change business practices such as purchase practices, and find ways to support their business partners to prevent the adverse risk including to ways to contribute to 'living wages and incomes for their suppliers'.²⁶⁸

The above requirements operate within contractual relationships that may have been accustomed to a more individualist model in the sense that parties look for the maximisation of their economic benefit even if at the expense of the other contractual party. The CSDDD appears to challenge this culture, an issue which I will address in the next part.

5. Termination as a last resort, and the duty of cooperative ethics

Often human rights violations along the value chain occur because of a disconnect between the buyer's objective to obtain goods and services at the lowest price possible, and the need to safeguard human rights which belongs to all stakeholders whether privy to the contract or otherwise. There is an inevitable trade-off between both objectives. Therefore, at the heart of the problem is the individualist ethics which has dominated contractual practices for far too long²⁶⁹. The CSDDD is set to challenge the individualist ethics. Where human rights due diligence is involved, contractual parties must have some level of regard, even a robust one, to the economic interest of the other party²⁷⁰. Buyers therefore cannot hide behind contractual terms and terminate the contract at free will because a business partner had breached its code of conduct, when there were measures which are less extreme which can be followed and which will help the prevention, removal or mitigation of the human rights adverse risk from the value chain. This signals a much welcomed and more effective endorsement of cooperative ethics.

Thus, though perhaps unintended, the CSDDD changes the fundamentals of individualist ethics often experienced in aggressive free market economics supported by contractual doctrines where contractual remedies for breach of contract are party centred and where the law forgives a party which seeks to maximise its profit or avoid a contract because they can, even if it creates harsh conditions, including human rights adverse risk to the other party or to a legitimate third party stakeholder. For example, a breach of a term classified as a condition by the contractual parties entitles the innocent party to terminate the contract and seek damages irrespective of the seriousness of the breach or the impact it has on the innocent party²⁷¹.

The CSDDD is set to change this approach where human rights are at stake. In such situations corporations must adopt cooperative ethics by supporting each other, refrain

²⁶⁷ Recital 38 of the EP Draft

²⁶⁸ 7(2)(ca) of CSDDD EP draft (n 1).

²⁶⁹ Roger Brownsword, 'Individualism, Cooperativism and an Ethic for European Contract Law', 63 *MLR* (2001) 628, 630-631

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Lombard North Central Plc v Butterworth* [1989] QB 527.

from the termination of business relationship in view of allowing business partners to remove or mitigate the human rights adverse impacts through a 'targeted and proportionate support to the SMEs' with whom they have business relationships²⁷². It is recognised that unilateral termination may in fact exacerbate the human rights violations or lead to a more severe human right impact, such as in the case where the intention is to remove child labourers from the value chain the termination of the contract may condemn the child labourers to even more severe conditions²⁷³. Be it as it may, provided some conditions are met, all drafts of the Directive allow a corporation to terminate the contractual relationship with business partners as a last resort when no less drastic possibilities are available²⁷⁴.

This is a welcomed development by the CSDDD however it must be reinforced by including an express general obligation in the CSDDD to conduct due diligence in good faith, and when a human rights risk is identified (also potentially), parties must engage in accordance with cooperative ethics in view of removing or mitigating the adverse impact. This is important and will have a meaningful and real results because 'Good faith goes to the heart of the contract' and helps to determine how parties should relate to each other²⁷⁵. Moreover, this duty will not be viewed by Member States as burdensome because most Member States do recognise a general duty to observe principles of fairness and good faith under their contract law traditions²⁷⁶. The observance of general principles of fairness, openness, and cooperative ethics should in the long run lead to industry solutions to the type of problems often experienced on the industry-specific value chain.

The CSDDD does however allow a corporation not to terminate the relationship with a crucial business partner even where it was not possible to remove the adverse impact where termination will cause the corporation substantial financial such 'as an effect giving rise to the likelihood of insolvency', or legal prejudice resulting from the fact that the business partner provides 'raw material, product or service essential to the company's business'²⁷⁷.

6. Financial services.

The UNGPs apply to all business enterprises, including commercial banks and other entities in the financial sector, regardless of 'size, sector, operational context, ownership and structure'²⁷⁸. The UN Working Group on Business and Human Rights recognized that 'financial actors have an unparalleled ability to influence companies and scale up on the

²⁷² Recital 38 of the CSDDD EP draft (n 1).

²⁷³ Recital 36 of the CSDDD EP draft (n 1).

²⁷⁴ Articles 7 and 8, and recital 36 of EP Draft (n 1).

²⁷⁵ Brownsword, R. (n 29) p 630.

²⁷⁶ Ibid, p 628.

²⁷⁷ Recital 36 of CSDDD EP draft (n 1). See also Articles 7 and 8 of the CSDDD.

²⁷⁸

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>, p 3. This is also the approach under the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct.

implementation of the Guiding Principles'²⁷⁹. In the Equator Principles, which include the relevant provisions of the Guiding Principles, the signatories from the financial sector state that they 'recognise that our role as financiers affords us opportunities to promote responsible environmental stewardship and socially responsible development, including fulfilling our responsibility to respect human rights by undertaking due diligence in accordance with the Equator Principles'²⁸⁰.

All three drafts of the CSDDD by the European Commission, Council, and EP include reduced obligations of due diligence for the financial sector. For example, the Commission's proposal requires of financial institutions to only conduct due diligence in relation to 'their direct clients (and other companies in the same direct group should they exist) and only before providing the loan or other service but not in an ongoing manner'. Moreover, financial institutions do not have to conduct due diligence in relation to small and medium sized enterprises even when they are a direct client. The Council draft created a carve out for the financial sector, leaving it to individual member states to decide whether to include it once the directive is transposed into national law.²⁸¹

Similarly, the EP draft includes a limited version of human rights due diligence obligation. Article 6(3) stipulates that 'when corporations covered under the scope of the CSDDD provide financial services, identification of actual and potential adverse human rights impacts and adverse environmental impacts shall be carried out before providing that service and before subsequent financial operations, and, if notified of possible risks by means of the procedures referred to in Article 9, during the provision of the service'²⁸². This is an improvement on the commission's proposal which only requires of corporations to conduct the human rights due diligence only up to the time before the provision of the financial service²⁸³, which is also a much-improved position than that included in the Council's draft which has introduced a carveout for financial services from the scope of the CSDDD²⁸⁴.

As stated above these three variant positions of the EU's institutions flies in the face of the text and the spirit of the UNGPs. I have also highlighted above that the nature of the human rights due diligence is risk-based. Accordingly, even complex financing processes which may depend on 'the size of the bank, the nature and context of its operations and the severity of the bank's potential adverse human rights impacts', may be addressed by following a risk-based approach which relies on the severity and likelihood of the adverse impact when determining 'the complexity of the due diligence service'.²⁸⁵ Financial institutions can therefore prioritise their human rights due diligence processes and how they respond to adverse impacts in accordance to the risk-based approach.

²⁷⁹ Financial Sector and the and the European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/workinggroupbusiness/Statement-Financial-Sector-WG-business-12July2023.pdf>

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹

Amnesty

Report

[file:///ueahome/eresssf1/fpb16tdu/data/Downloads/IOR6065392023ENGLISH%20\(1\).pdf](file:///ueahome/eresssf1/fpb16tdu/data/Downloads/IOR6065392023ENGLISH%20(1).pdf), 26.

²⁸² See Article 6(3) of the EP draft (n 1).

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ A. M. Paces, (n. 11).

²⁸⁵ OHCHR, The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide, p. 19 (2012).

In practice, most financial products will create a direct 'direct linkage' between the bank and the business partner. The UNGPs envisage causality between the human rights adverse impact and the financial product, for example where a client of the bank uses the financial service or product in a way that causes (or potentially risks) human rights adverse impacts.²⁸⁶

To conclude, there isn't a policy or practical reason why financial institutions should be exempt or be partially relieved from the obligations arising under the CSDDD. In fact, as will be seen under part 3.3 of this Article, financial institutions are best placed to make a quick transition into the new framework because of the valuable experience gained from the operationalisation of the UNGPs to the financial sector under the Eps. Whilst as will be seen the Eps are imperfect, they can nonetheless be improved by the binding framework proposed by the CSDDD.

7. The Equator Principles (Eps')

EPs is an industry initiative adopted by Equator Principles Financial Institutions (EPFIs)²⁸⁷, are a voluntary set of principles, which ensures that social and environmental issues are observed when EPFIs provide loans or debt finance for infrastructure projects²⁸⁸. Their primary mandate is to assess, monitor and report environmental and social risk in project finance, project finance-related corporate loan investments, and bridge loans²⁸⁹. They require of adhering financial institutions to impose a condition on borrowers when agreeing to finance a project to abide by the EPs and establish a grievance mechanism for the resolution of disputes concerning their social and environmental impact.

EPs recognise that EPFIs who provide the debt finance to make project deals happen, are in a strong position to negotiate and influence the terms of the contractual agreements regarding to social and environmental factors²⁹⁰. All EPFIs have undertaken not to provide loans if any of the project sponsors refuses to comply with the EPs, or are unable, to prove that the project will be constructed and operated in accordance with the environmental, social and governance considerations stated in the EPs²⁹¹.

²⁸⁶

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>, 6

²⁸⁷ Certain banks and other financial institutions who signed up to the EPs.

See Patrick Bell, *The Equator Principles Explained*, Lexology, February 16 2012.

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=418bbbd0-514b-4277-950e-c2585ab67fc4>.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ Equator Principles Reporting Criteria, Green Investment Group, August 2017.

<http://www.greeninvestmentgroup.com/media/180098/gib-equator-principles-817-01.pdf>, accessed on 23 November 2023

²⁹⁰ P. Bell (n 47).

²⁹¹ P. Bell (n 47).

DOUBLING DOWN: TIME FOR A BOLD FRAMEWORK FOR HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE

Principle 6 EPs²⁹², which is designed to help manage the social and environmental risks associated with international project finance²⁹³, requires the client in certain type of projects to 'establish a grievance mechanism designed to receive and facilitate resolution of concerns and grievances about the Project's environmental and social performance'. It stipulates that such grievance mechanisms should be transparent, culturally sensitive, and efficient by resolving grievances promptly and free of charge to use. Such mechanisms must coexist with other means of access to justice and should not deny the aggrieved party access to judicial or administrative remedies²⁹⁴.

The main weakness of the EPs is that they do not provide robust institutional support to the implementation of the principles, including the overseeing of the proper administration of the grievance mechanism envisaged under principle 6. They do not provide standards for review body, formal transparency, or implementation requirements or mandated compliance procedures. The most they do is to impose weak reporting requirements to the EPFI under principles 7 and 8. One serious shortcoming is that such grievance mechanisms do not operate between victims and the EPFIs (lending institutions) themselves²⁹⁵, and lack enforcement power necessary to police the financial institutions involved in the project finance²⁹⁶, which led some to argue that Principle 6 is merely an internal mechanism EPFIs used to limit their own risk exposure²⁹⁷.

Moreover, Principle 6 EPs does not establish grievance processes that provide for external accountability²⁹⁸. It fails to consider many of the values envisaged under Principle 3 of the EPs, except for the requirements of accessibility and transparency, the latter, unlike the meaning given to it by Principle 31 UNGPs, operate vis a' vis the victim and corporation to the exclusion of external stakeholders. Moreover, Principle 6 EPs does not include any minimum obligatory due process standards that project sponsors must meet²⁹⁹.

²⁹² The Equator Principles EP4 July 2020. <https://equator-principles.com/app/uploads/The-Equator-Principles-EP4-July2020.pdf>. It is a risk management framework, adopted by financial institutions.

²⁹³ Thomas Papadopoulos, 'The Greening of Project Finance: Is This a Viable Project?' 7 *ICFA U.J. of Banking L.* (2009) 8, 9-12.

²⁹⁴ The Equator Principles EP4 (n 3).

²⁹⁵ David M. Ong, 'Public Accountability for Private International Financing of Natural Resource Development Projects: The UN Rule of Law Initiative and the Equator Principles', 85 *Nordic Journal of International Law* (2016) 201, 228. See also Benjamin J. Richardson, 'Financing Sustainability: The New Transnational Governance of Socially Responsible Investment', 17 *Yearbook of International Environmental Law* (2008) 73, 92.

²⁹⁶ Niamh O'Sullivan & Brendan O'Dwyer, 'Stakeholder Perspectives on a Financial Sector Legitimation Process: The Case of NGOs and the Equator Principles', 22 *ACCT. Auditing & Accountability J.* (2009) 553 567-68.

²⁹⁷ Joshua A Lance, 'Equator Principles III: A Hard Look at Soft Law', 17 *North Carolina Banking Institute* (2013) 175, 182.

²⁹⁸ *Ibid*, 176.

²⁹⁹ D. M. Ong (n 55) 228.

Like the UNGPs it does not provide a procedure for affected populations and stakeholders, instead it relegates this responsibility to the corporation. The problem with this is that banks and financial institutions sometimes do not have the ability to monitor and enforce compliance due to the lack of expertise and resources to work effectively with local governments and communities³⁰⁰. The upshot of all of this is a grievance mechanism model, which its success relies significantly on the good will of the corporation³⁰¹. As claimed above such a model is weak in terms of holding corporations to account, as well as with regards to satisfying the legitimacy requirement and the delivery of rights-based outcomes. Regrettably, there isn't much evidence or data to support the existence of successful grievance mechanisms organized under principle 6 of the EP.

The EP however will strengthen if the CSDDD is also applied to financial institutions. All EP members should meet one of the scope formulations under Article 1 and available in the various drafts. The CSDDD demands a strong monitoring of the observance and implementation of human rights due diligence, and also a robust dispute resolution process which complies with principle 31 of the UNGPs, and which provides direct access to victims of business-related human rights violations wherever the violation happened along the value chain³⁰².

8. Conclusions

EU lawmakers are currently negotiating the final text of the CSDDD in trilogue and are expected to reach agreement in early 2024. It has been demonstrated that as a matter of policy the human rights due diligence should apply to the entirety of the value chain. The EU institutions should double down on the need to make corporations respect international human rights and reinforce cooperative ethics in the relationship between corporations and their business partners. This should improve the prospect of successfully preventing, removing or mitigating adverse human rights impacts, and lead to a more sustainable solution among all actors on the value chain, including indirect business partners who do not have contractual relationship with the corporation.

Moreover, EU institutions must stay steadfast in the face of any temptation to depart from long established principle under the UNGPs that human rights apply to all organs of society regardless of size and sector. I have demonstrated that the risk-based approach should in principle alleviate any concern about the application of human rights due diligence processes to complex financial products. It can and should be done.

³⁰⁰ Robert F Lawrence, William L Thomas, 'The Equator Principles and Project Finance: Sustainability in Practice', 19 *National Resources & Environment* (2004) 20, 25.

³⁰¹ J. A. Lance. (n 57) p 177.

³⁰² See Article 9 of the CSDDD (n 1).

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

**The contribution of the un business and human rights framework to enhancing the
protection of human rights and environmental defenders**

Daniel Iglesias Márquez*
Universitat Rovira i Virgili

1. INTRODUCTION

In contemporary societies, humanitarian, environmental, and climate crises, political instability, and pandemics like the recent one tend to exacerbate adverse impacts on human rights and inequalities. In this global context, defending human rights and protecting the environment has become an essential but dangerous and occasionally lethal task, because the people who carry it out lack defences and protections and are therefore highly vulnerable. This task is courageously undertaken by people (journalists, lawyers, academics, community leaders, and others) who, individually or collectively, put their bodily integrity and their lives at risk to encourage and advance the protection and realization of human and environmental rights, along with fundamental freedoms at the local, national, regional, and international levels.

More than twenty years on from the adoption of the landmark United Nations (UN) Declaration on Human Rights Defenders,³⁰³ the difficulties and risks faced by those defending human rights and the environment have not diminished³⁰⁴—quite the contrary: the data paint a bleak picture of an exponential increase in the numbers and intensity of lethal and non-lethal attacks on human rights and environmental defenders (referred to as ‘HREDS’ from here on).³⁰⁵ Not even the COVID-19 pandemic managed to stem the tide of violence against HREDS. The restrictions imposed by States to deal with the spread of the virus also paralysed the human rights movement and deprived it of many of its monitoring and fact-checking tools. This

* Lecturer and “Juan de la Cierva” Research Fellow at the Rovira i Virgili University (Tarragona, Spain). Associate Researcher at Human Rights and Business Institute of the University of Monterrey. Email: daniel.iglesias@gmail.com. This piece has been prepared in the framework of the research project ‘The potential of mandatory human rights and environmental due diligence laws to address violence against human rights and environmental defenders’ (ICI019/22/000010), funded by the International Catalan Institute for Peace.

³⁰³ UN General Assembly, *Resolution 53/144 Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognised Human Rights and Fundamental Freedoms*, A/RES/53/144, 8 March 1999.

³⁰⁴ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*, A/73/215, 23 July 2018, para. 5.

³⁰⁵ See, among others, Global Witness, *Decade of Defiance. Ten years reporting on land and environmental activism worldwide* (London, 2022); Centro Mexicano De Derecho Ambiental, *Report on the situation of environmental human rights defenders, individuals and communities in Mexico, 2021* (Mexico City, 2022); IACHR, *El segundo cuatrimestre de 2022 registra la persistencia de la violencia contra personas defensoras* (2 November 2022) available at: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/244.asp>; Business & Human Rights Resource Centre, *In the line of fire: Increased legal protection needed as attacks against business & human rights defenders mount in 2020* (London, 2021); Procuraduría de los Derechos Humanos y La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, *Situación de las personas defensoras de derechos humanos en Guatemala: Entre el compromiso y la adversidad* (Guatemala, 2019).

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

worsened the situation for HREDs, because there was an increase in attacks on defenders who disseminated information about mismanagement of the crisis, or who simply continued to carry out their human rights work on the ground, while many States relaxed environmental and social requirements for business activities.³⁰⁶

The attacks faced by HREDs range from death threats to online harassment; abusive use of force in social protest demonstrations; restrictions on the exercise of freedom of association; undue restrictions on access to State-held information; dissemination of false news aimed at undermining their social or professional image or prestige; attacks on their property; theft or burglary; raids on or destruction of premises, equipment, and documents; physical assault; stigmatization before their own families or the community; baseless criminalization; arbitrary arrest; the imposition of unjustified or disproportionate fines; the dismissal of officials committed to human rights; abduction; torture; and murder.³⁰⁷

It is important to take into account the additional and differing threats and obstacles faced by particular groups within the category of defenders, such as trade union leaders, women human rights defenders, campesino and community leaders, indigenous and Afro-descendant leaders, and defenders of LGBTI people, of migrant workers and their families, and of the environment and land.³⁰⁸ While women HR defenders often face the same risks as the stereotypical male defender, they face additional gendered, intersectional threats driven by stereotypes rooted in deeply entrenched heteropatriarchal ideas and norms about who women are and what they should be like. Both women HR defenders and their actions are often erased or their contributions marginalized. It is also common for issues related to sexuality to be used as a tactic for attacking women HR defenders: comments and insinuations about their sexuality, sexual orientation, and marital or reproductive status are used to discredit their work, while threats of violence, including sexual violence, are often used to silence them.³⁰⁹

Among the many risks faced by HREDs, however, the issue of killings has become a priority for the UN under the mandate of the current Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Mary Lawlor. The 2021 UN report *Final warning: death threats and killings of human rights defenders* notes that between 2015 and 2019, defenders were killed in at least sixty-four countries,³¹⁰ representing almost a third of UN member States, and that between 1 January 2019 and 30 June 2020, the Special Rapporteur sent communications to ten member States on the killing of one hundred defenders.³¹¹

³⁰⁶ H. Gabbero, Y. Louanchi, D. Reculeau, and C. Ferrerons Galeano, *Human rights defenders and Covid-19: The impact of Covid-19 on human rights defenders and their work* (The Observatory for the Protection of Human Rights Defenders, 2022), p. 54.

³⁰⁷ IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas* (Washington, D.C., 2011).

³⁰⁸ IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas*, p.102.

³⁰⁹ UN Human Rights Council, *Situation of women human rights defenders - Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, A/HRC/40/60*, 10 January 2019, paras. 35–57.

³¹⁰ These countries include Afghanistan, Algeria, Argentina, Bahrain, Bangladesh, Belize, Bolivia (Plurinational State of), Brazil, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Democratic Republic of the Congo, Ecuador, Egypt, El Salvador, Fiji, Gambia, Ghana, Guatemala, Haiti, Honduras, India, Indonesia, Iran (Islamic Republic of), Iraq, Italy, Kazakhstan, Kenya, Liberia, Libya, Malaysia, Maldives, Mexico, Mozambique, Myanmar, Nicaragua, Nigeria, Oman, Pakistan, Peru, Philippines, Russian Federation, Saudi Arabia, Senegal, Somalia, South Africa, State of Palestine, Sudan, Syrian Arab Republic, United Arab Emirates, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America, United Republic of Tanzania, Venezuela (Bolivarian Republic of), and Yemen.

³¹¹ UN Human Rights Council, *Final Warning: death threats and killings of human rights defenders - Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Mary Lawlor, A/HRC/46/35*, 24 December 2020, paras. 3–4.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

As for the aggressors involved in attacks against HREDs, it is not only State agents and authorities that are involved, but various non-state actors too, including individuals, armed groups, organized crime groups, the media, and private business enterprises.³¹² The evident direct and indirect involvement of business enterprises and corporate actors in human rights abuses against individuals and communities working to protect fundamental rights and freedoms should be noted.³¹³ This occurs because some of the attacks and risks faced by HREDs arise from opposing and filing complaints against business activities with a strongly negative impact on human rights and the environment, such as resource exploitation (timber, mining, and large-scale agribusiness), hydroelectric dams, and the development of other infrastructure.³¹⁴

Given the background described above, this article starts from the premise that HREDs are key to promoting respect for human rights in the context of business activities. At the same time, business enterprises have a responsibility to respect defenders' human rights. The objective of this article is to analyse the extent to which international instruments in the area of business and human rights, particularly the UN Guiding Principles (UNGPs) on Business and Human Rights and the draft of the international legally binding instrument on business and human rights, contribute to preventing and mitigating the attacks and dangerous situations faced by HREDs who oppose and file complaints against business projects and activities that harm human rights and the environment. To achieve this, the paper first examines the situation of people who defend human rights and protect the environment over corporate interests and profits. It then explores the current international framework for the protection of HREDs and its effectiveness in preventing business enterprises from being directly or indirectly involved in attacks against defenders. Thirdly, it analyses the extent to which the UN business and human rights framework currently takes HREDs into account. Finally, it reflects on the need to take HREDs into account in business and human rights instruments.

2. AN OVERVIEW OF THE SITUATION OF HREDs IN THE CONTEXT OF BUSINESS ACTIVITIES

In the context of business activities, HREDs can contribute to highlighting and correcting corporate actions and omissions that harm human rights and the environment, as well as supporting affected communities and individuals in seeking appropriate remedies where such harm has occurred as a result of business activities. However, business enterprises and their connections commit attacks on HREDs on a daily basis.³¹⁵ According to the Business & Human Rights Resource Centre, between 2015 and May 2019, there were more than 4,295 documented attacks on HREDs reporting business-related abuses.³¹⁶ By speaking out against

³¹² UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*, A/65/223, 4 August 2010, paras 9–12.

³¹³ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*, A/71/281, 3 August 2016, paras 41–46.

³¹⁴ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders*, A/72/170, 19 July 2017, para. 16.

³¹⁵ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*, A/65/223, 4 August 2010, paras 9–12.

³¹⁶ Business & Human Rights Resource Centre, *Human Rights Defenders & Civic Freedoms Programme*, available at: <https://www.business-humanrights.org/es/from-us/human-rights-defenders-database/>.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

the adverse impacts of corporate activities and supply chains, and by promoting business practices that move towards more sustainable economies, these HREDs put their own and their families' bodily integrity and lives at risk.

According to the Business & Human Rights Resource Centre's database, those most at risk of attacks related to protesting and filing complaints against abuses and harms committed in the context of business activities are indigenous women HR defenders. In many cases, they are leaders or members of indigenous communities who are defending their traditional lands against the damage caused by large-scale projects such as mining and dam construction. Attacks on indigenous leaders often take place in the context of the conflicts that arise when business enterprises fail to consult adequately and effectively with indigenous peoples and communities and fail to gain their free, prior and informed consent to the use of their lands and natural resources. According to data analysed by the Business & Human Rights Resource Centre, in 2021, at least 104 attacks on defenders were due to a lack of effective consultation or free, prior and informed consent, or to disagreements over impact assessments.³¹⁷

Indigenous leaders are often considered to be and described as environmental human rights defenders, as their actions are often intended to protect environmental and land rights.³¹⁸ It is worth noting the alarming trend of violence, intimidation, harassment, and criminalization of groups and individuals who strive to defend and promote environmental and land rights.³¹⁹ The disturbing number of cases of violence against and killings of environmental human rights defenders is associated with continuing global demand for natural resources, production patterns, and a global energy system based on the burning of fossil fuels.

According to Global Witness, in 2021, 200 land and environmental defenders were killed, an average of almost four people per week. Around one in ten of the land and environmental defenders killed in 2021 were women, almost two-thirds of whom were indigenous. These figures reflect only a fraction of the violence faced by environmental human rights defenders, as many of the attacks and killings cannot be counted because they take place in remote areas with limited access to communications, or because they are not properly investigated or reported. The killings involve not only State actors but also business enterprises from a range of sectors and take place in all regions of the world.³²⁰ Against this background, the UN Human Rights Council, in its Resolution 40/L.22, expressed its 'concern at the situation of environmental human rights defenders around the world, and strongly condemns the killing of and all other human rights violations or abuses against environmental human rights defenders, including women and indigenous human rights defenders, by State and non-State actors, and stresses that such acts may violate international law and undermine sustainable development at the local, national, regional and international levels'. At the same time, it 'stresses that human rights defenders, including environmental human rights defenders, must

³¹⁷ Business & Human Rights Resource Centre, *Protegiendo a las personas y al planeta en 2021: ¿Por qué sería bueno que los inversionistas apoyaran a defensores/as que impulsan la transición justa a las economías verdes?* (London, 2022) p. 4.

³¹⁸ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*, A/71/281, 3 August 2016, para. 2.

³¹⁹ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*, A/71/281, para. 3.

³²⁰ Global Witness, *Decade of Defiance*, p. 10.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

be ensured a safe and enabling environment to undertake their work free from hindrance and insecurity (...)'.³²¹

While lethal and non-lethal attacks against HREDS are not exclusive to any particular sector, specialized databases and reports agree that business enterprises in land-grabbing sectors such as mining, agribusiness, oil, gas and coal, and dam construction are the most dangerous to defenders. This does not mean that HREDS working to address human rights abuses in other sectors, such as finance, information and communications technology, and garment manufacturing, are immune from threats and reprisals.

According to the Business & Human Rights Resource Centre, over the last seven years, mining has been the most dangerous sector for HREDS. It says the scale of attacks linked to the mining sector is particularly worrying, given the unprecedented growth in the production of transition minerals needed by the renewable energy sector to achieve the goal of net zero carbon emissions by mid-century.³²² Global Witness similarly notes that mining was the sector linked to the highest number of killings, with twenty-seven cases of killings of land and environmental defenders in 2021.³²³ To cite some examples, in October 2022, in Ecuador, Alba Bermeo Puin, a conservationist active against gold mining activities polluting the water in the parish of Molleturo (Cuenca canton, Azuay province) was murdered in her fifth month of pregnancy by people involved in mining activities.³²⁴ Also in 2022, in South Africa, prominent campaigner Sikhosphi Rhadebe was murdered at his home, reportedly after being put on a hit list of opponents of mining activities in Xolobeni.³²⁵ In 2021, in Mexico, José de Jesús Robledo Cruz and María de Jesús Gómez Vega were found dead. They had previously been abducted and tortured because of their human rights work. Both were opponents of a mining project that was destroying the social fabric of the communities in its vicinity. Death threats to other opponents of mining operations were found next to their bodies.³²⁶ Agribusiness and hydroelectric dams are also among the most dangerous sectors for HREDS.³²⁷ Within the agribusiness sector, there are cases such as Brazil, where activity has grown exponentially despite social tensions in the country. Global Witness records that 42 of the 342 environmental rights defenders killed in Brazil in the last decade were demonstrating against agribusiness.³²⁸

³²¹ UN Human Rights Council, *Recognizing the contribution of environmental human rights defenders to the enjoyment of human rights, environmental protection and sustainable development*, A/HRC/40/L.22/Rev.1, 20 March 2019.

³²² Business & Human Rights Resource Centre, *Protegiendo a las personas y al planeta en 2021*, p. 3.

³²³ Global Witness, *Decade of Defiance*, p. 11.

³²⁴ A. J. Paz Cardona, 'Minería ilegal de oro cobra la vida de una defensora ambiental en Ecuador y desata violencia', *Mongabay*, 3 November 2022, available at: <https://es.mongabay.com/2022/11/mineria-ilegal-de-oro-cobra-la-vida-de-una-defensora-ambiental-en-ecuador/>; Alianza por los Derechos Humanos, *Denuncia pública urgente. Asesinato de Defensora de la Naturaleza embarazada en Molleturo*, 23 October 2022, available at: <https://ddhhecuador.org/2022/10/23/documento/denuncia-publica-urgente-asesinato-de-defensora-de-la-naturaleza-embarazada-en>.

³²⁵ UN Human Rights Council, *National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21: [Universal Periodic Review]: South Africa*, A/HRC/WG.6/27/ZAF/1 (Geneva: 11 April 2017).

³²⁶ Business & Human Rights Resource Centre, *Protegiendo a las personas y al planeta en 2021*, p. 3.

³²⁷ Business & Human Rights Resource Centre, *Protegiendo a las personas y al planeta en 2021*; Global Witness, *Decade of Defiance*, p. 11.

³²⁸ Global Witness, *Decade of Defiance*, p. 25.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

In the hydroelectric dams sector, we should recall the well-known environmental activist Berta Cáceres and her colleague Nelson García, of the Civic Council of Popular and Indigenous Organizations of Honduras, who were murdered in March 2016 for having opposed the construction of hydroelectric dams in the basin of the sacred Gualcarque River.³²⁹ Corporate agents of the company Desarrollos Energéticos S.A., which was responsible for the Agua Zarca hydroelectric project opposed by Cáceres, have been convicted of the murder.³³⁰ A more recent example is the murder of Filogonio Martínez Merino in Mexico in October 2022. He had been an agent for the ejido of Paso de la Reyna from 2008 to 2011 and a defender of the Río Verde against the Paso de la Reina and Río Verde hydroelectric projects for fifteen years.³³¹

With regard to the countries where lethal and non-lethal attacks on HREDS take place in the context of business activities, the databases and reports agree that countries in the Global South, especially in Latin America and Asia, are the most dangerous.³³² This is not to deny the responsibility of the countries in the Global North where the business enterprises whose projects or business connections in the Global South are associated with attacks on HREDS are domiciled or headquartered. The Business & Human Rights Resource Centre notes that in 2020, there were worldwide attacks on HREDS associated with European business enterprises, either through their operations or their supply chains. The majority of attacks associated with European business enterprises in 2020 took place in Cambodia, Indonesia, the Philippines, Mexico, and Uganda.³³³

Latin America and Asia-Pacific record the highest numbers of cases of violence against HREDS in the context of business activities. According to the Business & Human Rights Resource Centre, the highest numbers of attacks are recorded in India, Mexico, and the Philippines, while the highest numbers of murders take place in Mexico and Brazil.³³⁴ Global Witness confirms the danger of filing complaints against and resistance to corporate power in these countries. It reports that more than three-quarters of the recorded attacks against environmental human rights defenders occurred in Latin America, in countries such as Mexico, Colombia, Brazil, Nicaragua, Honduras, Peru, Guatemala, Venezuela, Ecuador, Chile, Bolivia,

³²⁹ See United Nations, *Honduras murders: UN Expert urges independent investigation into killings of rights defenders*, 22 April 2016, available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2016/04/honduras-murders-un-expert-urges-independent-investigation-killings-rights>; 'Action needed to stop Honduras turning into a lawless killing zone for human rights defenders', 18 March 2016, available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2016/03/action-needed-stop-honduras-turning-lawless-killing-zone-human-rights>; and *Berta Cáceres' murder: UN experts renew call for Honduras to end impunity*, 11 April 2016, available at: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2016/04/berta-caceres-murder-un-experts-renew-call-honduras-end-impunity>.

³³⁰ El Mundo, *Condenan a 22 años y medio de prisión al ex presidente de la hidroeléctrica DESA como 'coautor' del asesinato de la activista Berta Cáceres*, 21 June 2022, available at: <https://www.elmundo.es/internacional/2022/06/21/62b101d321efa02d228b45f3.html>.

³³¹ Oaxaca denuncia, *¡Exigimos justicia para Paso de la Reyna!*, Mexico, 28 October 2022, available at: <https://oaxacadenuncia.org/exigimos-justicia-para-paso-de-la-reyna/>.

³³² Business & Human Rights Resource Centre, *Protegiendo a las personas y al planeta en 2021*, p. 4; Global Witness, *Decade of Defiance*, p. 11; General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders, A/72/170*, 19 July 2017, para. 10.

³³³ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, A/72/170*, 19 July 2017; Business & Human Rights Resource Centre, *In the line of fire*, p. 7.

³³⁴ Business & Human Rights Resource Centre, *Business and human rights defenders in Asia-Pacific*, London, 2022, p. 2.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

and Argentina. Mexico is the country with the highest number of murders on record, with defenders killed every month. In 2021, a total of fifty-four murders were recorded there; more than 40 per cent of those killed were indigenous and more than a third of the total were enforced disappearances.³³⁵

On the plight of HREDs in Latin America, the former Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Michel Forst, noted that in almost all Latin American countries, the government and corporate actors are involved in the killing of and attacks on defenders.³³⁶ The bodies within the Inter-American Human Rights System (IAHRS) have also repeatedly expressed their concern about the attacks experienced by HREDs. The IAHRS has made an urgent call for the protection of HREDs who oppose activities with serious adverse impacts.³³⁷ In *Kawas Fernandez v. Honduras*, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) commented on the positive and relevant role of defenders and noted that ‘the defense of human rights is not limited to civil and political rights, but necessarily involves economic, social and cultural rights monitoring, reporting and education’.³³⁸ IACtHR case law has developed the obligations of States to respect and guarantee the human rights of defenders, including the duty to provide the necessary means for them to carry out their activities freely, protect them when they are threatened, refrain from imposing obstacles that hinder the performance of their work, and investigate violations committed against them.³³⁹

In its report titled *Business and Human Rights: Inter-American Standards*,³⁴⁰ the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and its Special Rapporteur for Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (REDESCA) assert that the right to defend human rights and the environment is a fundamental criterion that should be considered and included in the legal and political frameworks developed by States in the domain of business and human rights. They therefore identify a series of standards that have the scope and special application of ensuring the work and rights of individuals who protect the right to a healthy environment and other interdependent rights in the context of extraction activities.³⁴¹ In this context, States must ensure that violations against defenders are prevented, identified, and punished.³⁴²

³³⁵ Global Witness, *Decade of Defiance*, p. 10.

³³⁶ UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*, A/71/281, 3 August 2016, para. 29.

³³⁷ IACHR, *IACHR issues call for OAS States to Protect Defenders of the Land and Environment*, 5 June 2017, available at: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/072.asp.

³³⁸ IACtHR, *Case of Kawas Fernández v. Honduras Judgment of April 3, 2009, Merits, Reparations and Costs*. Series C No. 196.

³³⁹ See IACtHR, *Case of Escaleras Mejía et al. v. Honduras. Judgment of September 26, 2018*. Series C No. 361, paras. 56–61.

³⁴⁰ IACHR, *Business and Human Rights: Inter-American Standards* (Washington, D. C., 2019). For an analysis of this report, see D. Iglesias Márquez, ‘Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas’, *Anuario De Derechos Humanos*, vol. 16, n. 2, 2020, pp. 347–379.

³⁴¹ IACHR, *Business and Human Rights: Inter-American Standards*, para. 237.

³⁴² IACHR, *Business and Human Rights: Inter-American Standards*, para. 143.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

To this end, they must ‘establish a clear legal framework that provides for sanctions against businesses that are involved in criminalization, stigmatization, abuses, and violence against those who defend human rights, including private security business enterprises and contractors who act on behalf of the company involved.’³⁴³

Similarly, IACHR Resolution No. 3/2021 on the Climate Emergency recognizes that defenders of the land and nature play an important role at the national and regional levels in the fight against climate change. In this resolution, the IACHR asserts that States must act forcefully and decisively ‘to prevent attacks, threats, intimidation, or killings and effectively investigate and punish those responsible, including those directly or indirectly related to business’.³⁴⁴

Finally, it is worth noting the types of attack that HREDs face in the domain of business activities. Businesses can be involved in various types of lethal and non-lethal attack, such as threats, physical assaults, and smear campaigns, among others, but legal harassment and criminalization are among the types most commonly used to silence and curb opposition to their projects³⁴⁵ and are carried out through strategic lawsuits against public participation (SLAPPs). SLAPPs are a strategy employed by corporate actors all over the world to curb and weaken those who oppose their activities or file complaints about their bad practices. The Business & Human Rights Resource Centre has identified more than 350 such cases worldwide since 2015.³⁴⁶

SLAPPs can take the form of both criminal and civil legal proceedings and are brought by businesses in various sectors, but particularly by those in the mining, agribusiness, timber production, and palm oil industries. They are intended to intimidate and silence the opposition and divert resources away from HREDs. SLAPPs are often accompanied by campaigns that can have a significant impact on the reputations of women human rights defenders. Throughout the mandate of the UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, it has been noted that ‘human rights defenders are increasingly being subjected to legal action because of their activities for the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms.’³⁴⁷ The trials to which HREDs are subjected are often lengthy and do not meet due process standards.

The largest numbers of SLAPPs occur in Latin America (39 per cent), followed by Asia and the Pacific (25 per cent), Europe and Central Asia (18 per cent), North America (9 per cent), Africa (8.5 per cent), and the Middle East and North Africa (0.5 per cent). Nearly three-quarters (73 per cent) of cases occurred in countries in the Global South.³⁴⁸ The case of the women HR defenders belonging to the Organización Fraternal Negra Hondureña (OFRANEH) (Black Fraternal Organization of Honduras), who defend ancestral Garífuna land against

³⁴³ IACHR, *Human Rights Defenders and Social Leaders in Colombia* (Washington, D.C., 2019); *Políticas integrales de protección de personas defensoras* (Washington, D.C., 2017); *Criminalization of Human Rights Defenders* (Washington, D.C., 2015); *Second Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas* (Washington, D.C., 2011); *Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas* (Washington, D.C., 2006).

³⁴⁴ IACHR, *Resolution No. 3/2021 Climate Emergency: Scope of Inter-American Human Rights Obligations* (Washington, D.C., 2021), para. 28.

³⁴⁵ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders*, A/72/170, 19 July 2017, para. 17.

³⁴⁶ Business & Human Rights Resource Centre, *SLAPPed but not silenced. Defending human rights in the face of legal risks* (London, 2021), p. 10.

³⁴⁷ UN General Assembly, *Human rights defenders*, A/56/341, 10 September 2001, para. 20.

³⁴⁸ Business & Human Rights Resource Centre, *SLAPPed but not silenced*, p. 10.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

tourism projects, is an example of the processes to which HREDs are exposed. These defenders were charged with an alleged offence of libel and slander against the businessman who owns the tourism developments. They have also been subjected to arbitrary detention with excessive use of force.³⁴⁹ Another paradigmatic case is that of Energy Transfer, the operator of the Dakota Access Pipeline, which filed a lawsuit against several human rights and environmental organizations such as Greenpeace, BankTrack, and the Earth First! movement, as well as against individual defenders, accusing them of illegal misrepresentation with the intention of affecting the company and inflicting investment losses on its pipeline. This case was dismissed by the US courts.³⁵⁰ These are just a few examples of the experiences which HREDs face in the context of business activities.³⁵¹

Finally in relation to SLAPPs, we should also refer to the complicity of governments, which have often adopted judicial or administrative decrees prohibiting organizations from operating, which facilitates the prosecution of organization members in accordance with laws and regulations.³⁵² In Latin America, the IACHR has expressed concern regarding the criminalization of HREDs through the improper use of criminal law, with the aim of hindering their defence work and thus impeding the legitimate exercise of their right to defend human rights. The IAHR has stressed that American States should ensure that definitions of criminal offences in their legislations are formulated in accordance with the principle of legality. States should also respect the rights of defenders and organizations to manage their resources, including their funding, in compliance with legitimate laws and to draw up their programmes of activities completely independently and without undue interference from the authorities.³⁵³

3. THE FRAMEWORK FOR THE PROTECTION OF HREDs AND ITS SCOPE IN THE CONTEXT OF BUSINESS ACTIVITIES

HREDs carry out their work by exercising rights, particularly civil and political rights, that are recognized in both the universal and regional systems. These are the right to participate in public life, including the promotion and protection of human rights, and the rights to freedom of expression, opinion, association, and assembly, among others. However, reality shows us that the mere fact of States protecting these rights against abuses by businesses and other third parties is not sufficient to ensure a safe and enabling environment in which individuals, groups, and organizations promoting and defending human rights and the environment can operate free from threats, restrictions, and insecurity. Quite the reverse: enhanced protection is needed to ensure that these people can continue to exercise their rights without putting their lives at risk.

The global plight of HREDs has given rise to an international framework for their protection that recognizes and protects the right to defend. As a starting point and catalyst for

³⁴⁹ Iniciativa Mesoamericana de Mujeres Defensoras de Derechos Humanos, *Criminalization of Garifuna OFRANEH members for Territorial Defense*, 14 August 2017, available at: <https://im-defensoras.org/2017/08/whrdalert-honduras-criminalization-of-garifuna-ofraneh-members-for-territorial-defense/>.

³⁵⁰ Greenpeace, *US Federal Court dismisses \$900 million pipeline company lawsuit against Greenpeace*, 15 February 2019, available at: <https://www.greenpeace.org/international/press-release/20993/us-federal-court-dismisses-900-million-pipeline-company-lawsuit-against-greenpeace/>.

³⁵¹ For more examples, see Business & Human Rights Resource Centre, *SLAPPed but not silenced*, p. 10.

³⁵² UN General Assembly, *Human rights defenders*, A/56/341, 10 September 2001, para. 20.

³⁵³ IACHR, *Criminalization of the Work of Human Rights Defenders* (Washington, D. C., 2015), paras 93–212.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

this international framework, reference should be made to the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms (known as the Declaration on Human Rights Defenders), adopted by the UN General Assembly on 9 December 1998.³⁵⁴ Article 1 states, ‘Everyone has the right, individually and in association with others, to promote and to strive for the protection and realization of human rights and fundamental freedoms at the national and international levels.’

The Declaration on Human Rights Defenders has acted as an inspiration and foundation for other specific instruments and mechanisms, at the universal and regional levels, and even at the national level,³⁵⁵ intended to recognize and promote the protection of HR defenders.

Key regional instruments include the Grand Bay (Mauritius) Declaration and Plan of Action, adopted in 1999 at the African Union Ministerial Conference on Human Rights; the Kigali Declaration (2003) of the African Union Ministerial Conference on Human Rights;³⁵⁶ the European Union Guidelines on Human Rights Defenders, adopted by the Council of the European Union in 2004 and revised in 2006 and 2008;³⁵⁷ the 2008 Declaration of the Committee of Ministers on Council of Europe action to improve the protection of human rights defenders and promote their activities;³⁵⁸ the Organisation for Security and Cooperation in Europe (OSCE)’s 2014 Guidelines on the Protection of Human Rights Defenders;³⁵⁹ and the Commission Recommendation (EU) 2022/758 of 27 April 2022 on protecting journalists and human rights defenders who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings (‘Strategic lawsuits against public participation’).³⁶⁰

In relation to the specific situation of women HR defenders, in 2013, the UN General Assembly adopted the Resolution on the Protection of Women Human Rights Defenders.³⁶¹

This historic resolution recognizes the valuable work of women HR defenders and ‘urges States to acknowledge publicly the important and legitimate role they play in the promotion and protection of human rights, democracy, the rule of law and development, as an essential component of ensuring their protection, including by publicly condemning violence and discrimination against women human rights defenders’.

³⁵⁴ UN General Assembly, *Resolution 53/144. Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognised Human Rights and Fundamental Freedoms*.

³⁵⁵ A. Pigrau Solé, ‘Mecanismos nacionales de protección de las personas defensoras de derechos humanos y del medio ambiente en América Latina: Especial referencia al caso de México’, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 102, 2020, pp. 426-455.

³⁵⁶ See *Kigali Declaration, 2003*, available at: <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=39>.

³⁵⁷ See Council of the European Union, *European Union Guidelines on Human Rights Defenders* (Brussels, 10 June 2009), available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16332-2008-REV-2/en/pdf>.

³⁵⁸ See Council of Europe Committee of Ministers, *Declaration of the Committee of Ministers on Council of Europe action to improve the protection of human rights defenders and promote their activities*, n.d., available at: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d3e52.

³⁵⁹ See OSCE, *Guidelines on the Protection of Human Rights Defenders*, 2014, available at: <https://www.osce.org/files/f/documents/c/1/119633.pdf>.

³⁶⁰ See *Commission Recommendation (EU) 2022/758 of 27 April 2022 on protecting journalists and human rights defenders who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings (‘Strategic lawsuits against public participation’)*, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022H0758>.

³⁶¹ UN General Assembly, *Promotion of the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognised Human Rights and Fundamental Freedoms: protecting women human rights defenders*, A/RES/68/181, 30 January 2014.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

Among the specific protection mechanisms, the figure of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, created in the Human Rights Council in 2000, stands out.³⁶²

Similar mandates have been established in regional systems in Africa and the Americas and under the 1998 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters³⁶³.

But, to what extent this international and regional framework ensures a safe and enabling environment for HREDs in the context of business activities? Firstly, it should be noted that, with the exception of the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazú Agreement), this framework is predominantly soft law.³⁶⁴

The Escazú Agreement is the first legally binding international instrument in the world to include provisions on environmental defenders. Article 9 of the Agreement sets out three main obligations. The first is to ensure a safe and enabling environment in which individuals, groups, and organizations promoting and defending human rights in environmental matters can operate free from threats, restrictions, and insecurity. The second is to take adequate and effective measures to recognize, protect, and promote all the rights of defenders in environmental matters. The third is to take appropriate, effective, and timely measures to prevent, investigate, and punish attacks, threats or intimidations that defenders in environmental matters may suffer while exercising their rights.

In the IAHR, the IACtHR has welcomed the adoption of the Escazú Agreement. The Court considers it as a positive measure to guarantee the right of access to information, participation and access to justice in environmental matters. In this sense, the IACtHR in the exercise of its jurisdictional function, and in accordance with the evolutionary interpretation of the treaties carried out by the Court,³⁶⁵ has begun to use and take into account the provisions on human rights defenders in environmental matters of the Escazú Agreement. In 2023, in the case of *Baraona Bray vs. Chile*,³⁶⁶ the IACtHR determined that the Chilean State incurred in international responsibility for violating the rights to freedom of thought and expression, the principle of legality and judicial protection, to the detriment of a lawyer and environmental defender. To this end, the Court used the provisions of the Escazú Agreement, recognizing that Article 9 establishes the obligation of the States parties to guarantee ‘a safe and favourable environment’ so that human rights defenders in environmental matters ‘can act without threats,

³⁶² See United Nations, *Ms Mary Lawlor Special Rapporteur on the situation of human rights defenders*, n.d., available at: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-human-rights-defenders/ms-mary-lawlor>.

³⁶³ See *Special Rapporteur on Human Rights Defenders and Focal Point on Reprisals in Africa*, available at: <https://www.achpr.org/specialmechanisms/detail?id=4>; IACHR, *Rapporteurship on Human Rights Defenders and Justice Operators*, n.d., available at: <https://www.oas.org/en/iachr/jsForm/?File=/en/iachr/r/DDDH/default.asp>; UNECE, *World's first Special Rapporteur on environmental defenders elected under the Aarhus Convention*, 24 June 2022, available at: <https://unece.org/environment/press/worlds-first-special-rapporteur-environmental-defenders-elected-under-aarhus>.

³⁶⁴ See United Nations, *Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean*, 2018, available at: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43583/1/S1800428_en.pdf.

³⁶⁵ V. R. Hernández-Mendible, ‘El Acuerdo de Escazú y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para tutelar los derechos relacionados con la materia ambiental’, in F. López Ramón (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales* (CIEDA-CIEMAT, 2019), pp. 142-168.

³⁶⁶ IACtHR, *Baraona bray vs. Chile*, sentencia de 24 de noviembre de 2022 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

restrictions and insecurity'. Likewise, it recognized that, in light of the Escazú Agreement, States must take 'adequate and effective measures to recognize, protect, and promote' all their rights; including the rights to life, personal integrity, freedom of opinion and expression. In addition, the Court recalls that international environmental standards highlight the importance of States adopting adequate and effective measures to protect the right to freedom of opinion and expression and access to information in order to guarantee citizen participation in environmental issues which is of vital importance in the materialization and protection of the right to a healthy environment, in accordance with the Escazú Agreement.

Despite its predominant soft law nature, the international and regional instruments for the protection of HREDs contains a series of rights and principles based on legally binding human rights standards and hence constitutes the basis for States to articulate actions and measures aimed at preventing and redressing attacks on HREDs. When implementing these international and regional instruments, States must take into account the serious danger to HREDs in the context of corporate activities, as described in this article. They should therefore envisage preventive measures, and where such measures prove insufficient to prevent non-state actors from infringing defenders' rights, States should promptly undertake thorough and impartial investigations, prosecute alleged offenders, and grant reparation to victims.

The OSCE Guidelines on the Protection of Human Rights Defenders assert that States have an obligation to protect defenders from abuse by non-state actors, in particular by adopting legislative and other measures to prevent, investigate, punish, and remedy abuses, and that 'where existing legislation, policies and practices are not sufficient to hold non-state actors to account, States should amend them or adopt new legislation and practices to that end.'³⁶⁷ These Guidelines also state that businesses 'should be encouraged to pay particular attention to the impact of their operations on the situation of human rights defenders. In conducting an impact assessment they should involve human rights defenders and other potentially affected groups and stakeholders through meaningful consultations.'³⁶⁸

The Declaration of the Committee of Ministers on Council of Europe action to improve the protection of human rights defenders and promote their activities condemns all attacks on and violations of the rights of defenders in Council of Europe member States or elsewhere, whether by State or non-state actors, including businesses.³⁶⁹ To this end, it calls on member States to create an environment conducive to the work of HR defenders; take effective measures to protect, promote, and respect HR defenders and ensure respect for their activities; strengthen their judicial systems and ensure effective remedies for those whose rights and freedoms are violated; and take effective measures to prevent attacks on or harassment of HR defenders, among other things.

³⁶⁷ See OSCE *Guidelines on the Protection of Human Rights Defenders*, 2014, available at: <https://www.osce.org/files/f/documents/c/1/119633.pdf>.

³⁶⁸ OSCE, *Guidelines on the Protection of Human Rights Defenders*, p. 34.

³⁶⁹ See Council of Europe Committee of Ministers, *Declaration of the Committee of Ministers on Council of Europe action to improve the protection of human rights defenders and promote their activities*, available at: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d3e52.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

In the European Union, the Guidelines on Human Rights Defenders promote respect for the rights of defenders and protection from attacks and threats by non-state actors, through relations with third countries and in multilateral fora.³⁷⁰

The Commission Recommendation (EU) 2022/758 of 27 April 2022 on protecting journalists and human rights defenders who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings ('Strategic lawsuits against public participation') promotes awareness-raising campaigns focused on promoting open, free, and fair debate and protecting the right to freedom of expression, and should be combined with awareness-raising activities that promote active citizen participation, plurality of opinions, and access to reliable information. The targets of these campaigns include private corporations.³⁷¹

Finally, it should be noted that the international and regional instruments for the protection of HREDs is aimed primarily at States, as they are the main bodies responsible for protecting human rights. However, the UN Declaration on Human Rights Defenders affirms that all persons have a responsibility not to violate the rights of others, which includes non-state actors' responsibility to respect defenders' rights. The preamble of the Declaration thus asserts the duties of individuals, groups, and institutions, including businesses, to promote respect for and knowledge of human rights and fundamental freedoms. Article 11 states that 'everyone who, as a result of his or her profession, can affect the human dignity, human rights and fundamental freedoms of others should respect those rights and freedoms and comply with relevant national and international standards of occupational and professional conduct or ethics.' Article 16 states that 'individuals, non-governmental organisations and relevant institutions have an important role to play in contributing to making the public more aware of questions relating to all human rights and fundamental freedoms through activities such as education, training and research'. Finally, Article 19 declares that 'nothing in the present Declaration shall be interpreted as implying for any individual, group or organ of society or any State the right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of the rights and freedoms referred to in this present Declaration.'

These provisions cover businesses and their activities and connections. Businesses and other non-state actors should therefore desist from taking actions that may prevent HREDs from exercising their rights; in fact, businesses may and must play a preventive role, promoting the Declaration and the rights and activities of HREDs. The General Assembly Resolution on the protection of women human rights defenders likewise invites business leaders to express their public support for the important role of women human rights defenders.³⁷²

³⁷⁰ See Council of the European Union, *European Union Guidelines on Human Rights Defenders*, available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16332-2008-REV-2/en/pdf>.

³⁷¹ See *Commission Recommendation (EU) 2022/758 of 27 April 2022 on protecting journalists and human rights defenders who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings ('Strategic lawsuits against public participation')*, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022H0758>.

³⁷² UN General Assembly, *Promotion of the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognised Human Rights and Fundamental Freedoms: protecting women human rights defenders*, A/RES/68/181, 30 January 2014.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS**4. HREDS IN THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK**

All the evidence set out above allows us to assert that the international framework for the protection of HREDS is not sufficiently robust to ensure that States will provide strengthened protection of defenders' rights in the context of business activities or to prevent businesses from being directly or indirectly involved in lethal and non-lethal attacks on individuals who promote and protect human rights and the environment in the face of corporate power and bad practices. This situation can be remedied: the international framework for the protection of HREDS can be complemented by the international and national business and human rights instruments. This section primarily explores the added value to the recognition and protection of defenders in the context of business activities of the UNGPs (A/HRC/17/31) and the draft of the international legally binding instrument on business and human rights.

4.1. The role of the HREDS in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights

The UNGPs, unanimously adopted in 2011 by the Human Rights Council, represent significant progress in the area of business and human rights, as they constitute the authoritative global framework on States' obligation to protect human rights against business activities (Pillar I); on corporate responsibility to respect human rights (Pillar II); and on the establishment by States and business enterprises, respectively, of judicial, non-judicial and non-state mechanisms for ensuring that those harmed by corporate abuses have access to effective remedy (Pillar III). The UNGPs are the frame of reference in the universe of laws, policies, standards, and soft law initiatives promoting responsible corporate conduct with regard to human rights and the environment.³⁷³

The UNGPs provide guidance and principles based on international human rights law for States and business enterprises not only to protect and respect HREDS' rights, but also to contribute to a safe and enabling environment for their work. With regard to States, Pillar I reaffirms their obligation to protect human rights, including—according to the UN Working Group on Business and Human Rights responsible for the implementation of the UNGPs—protecting the rights of defenders so that they can do the work they do in identifying, reporting, and seeking to prevent, mitigate or remedy adverse impacts of business activity in a safe and enabling environment.³⁷⁴

In the light of Guiding Principle 1, States should therefore enact policies, legislation, and regulations to prevent, investigate, punish, and redress all types of threat to and attack on HREDS in the context of business activities. Furthermore, according to Guiding Principle 2, States should set clear expectations for business enterprises regarding the importance of respecting HREDS' rights. In line with Guiding Principle 3, States should also make the protection of HREDS a priority in their domestic and international policy. They should address risks to HREDS through their trade and economic policies, in line with Guiding Principles 4—

³⁷³ See D. Iglesias Márquez, *The Institutionalisation of Initiatives to Promote Business Respect for Human Rights*, (Barcelona, 2019).

³⁷⁴ UN Human Rights Council, *The Guiding Principles on Business and Human Rights: guidance on ensuring respect for human rights defenders*, A/HRC/47/39/Add.2, 22 June 2022, para. 40.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

6.³⁷⁵ Finally, Guiding Principle 26 points out that States should ensure that obstacles are not placed in the way of HREDS' legitimate and peaceful activities.

National action plans (NAPs) on business and human rights can be an important means of protecting HREDS in the context of business activities and of raising business awareness of their work. These public policy instruments could improve their situation through smart mix of measures which aim to recognize the work of HREDS and prevent businesses from being involved in attacks against them. Governments should use NAPs to set out their expectations of business towards HREDS. Furthermore, HREDS, along with groups that are particularly vulnerable to business-related human rights abuses, need to be placed at the centre of NAPs.

Ensuring the effective protection of defenders through NAPs also requires their substantial engagement and to be consulted during the process of the NAP development.³⁷⁶

However, it should be noted that the general assessment of most of the plans adopted is not positive since in the NAPs States take stock of the measures that they already have in place to apply the Guiding Principles, without establishing measures to trigger changes in law or policy. Likewise, it should be added that, currently, only some NAPs make a mere reference to defenders or contain commitments or actions related to their protection, such as Thailand in its 2019-2022 National Action Plan on Business and Human Rights.³⁷⁷ Finland's National Action Plan on Business and Human Rights (2014) highlights that human rights defenders play an important role in assessing the impact of business activities on human rights, and underlines the State's cooperation with human rights defenders in exposing corruption.³⁷⁸ In Italy, the National Action Plan on Business and Human Rights (2016) made reference to the government's commitment to strengthening mutual cooperation and support provided to human rights defenders.³⁷⁹ In the revised edition of the NAP (2018), Italy committed to ensuring a safe and enabling environment for human rights defenders.³⁸⁰ In the German NAP, the Federal Government committed to take specific action to step up its wide-ranging commitment to the protection of human rights defenders when applying the UNGPs.³⁸¹ The Swiss NAP also states that as part of its State duty to protect, Switzerland supports the work of HRDs and is committed to ensuring that they are protected against unfair treatment, threats and violence, including abuses committed by private companies.³⁸²

³⁷⁵ UN Human Rights Council, *The Guiding Principles on Business and Human Rights: guidance on ensuring respect for human rights defenders*, A/HRC/47/39/Add.2, paras 40–52.

³⁷⁶ ISHR and ICAR, *Human Rights Defenders in National Action Plans (NAPs) on Business and Human Rights* (London, 2016), p. 1.

³⁷⁷ See Ministry of Justice, *First National Action Plan on Business and Human Rights (2019–2022)*, available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/nap-thailand-en.pdf>.

³⁷⁸ See Ministry of Employment and the Economy, *National Action Plan for the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/nap-thailand-en.pdf>.

³⁷⁹ See *Italian National Action Plan on Business and Human Rights 2016-2021*, available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/Italy-1st-NAP.pdf>.

³⁸⁰ See, *Secondo Piano d'Azione Nazionale su Impresa e Diritti Umani 2021-2026*, available at: https://cidu.esteri.it/comitatodirittiumani/resource/doc/2021/12/secondo_pan_bhr_ita.pdf.

³⁸¹ See, *National Action Plan Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights 2016 – 2020*, available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2018/04/germany-national-action-plan-business-and-human-rights.pdf>.

³⁸² See, UN Guiding Principles on Business and Human Rights Swiss National Action Plan 2020–23, available at: https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/beilage-01-principes-directeurs-de-l%E2%80%99onu-relatifs-aux-entreprises-et-aux-droits-de-l%E2%80%99homme-plan-d%E2%80%99action-national-de-la-suisse-2020-2023_en-zu-bra-eda-wbf-1.pdf.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

Pillar II of the UNGPs represents a step forward in the ongoing debate on corporate obligations under international human rights law.³⁸³ It clarifies corporate responsibilities in relation to human rights and states that business enterprises have a duty to respect human rights. This means that they must refrain from infringing the human rights of others and address any adverse human rights impacts that may arise. In other words, business enterprises should conduct their activities in such a way that they do not interfere with or adversely impact the enjoyment of human rights by employees, communities, consumers or others who may be directly or indirectly affected by their activities or business relationships. According to the UN Working Group on Business and Human Rights, the corporate responsibility to respect human rights includes supporting the work of defenders and preventing, mitigating, and redressing the risks and attacks they face.³⁸⁴ Therefore, if a business enterprise is directly or indirectly causing or contributing to attacks against HREDS, its responsibility is clear: it must stop the attack and address any harm it may have caused.

The responsibility to respect human rights is embodied in human rights due diligence (HRDD), which is an ongoing management process through which a business enterprise identifies, prevents, mitigates, and accounts for human rights risks and adverse impacts in all its operations and products and in all its business relationships (both suppliers and business partners) (Guiding Principle 17). If an effective due diligence process is carried out, impacts can be prevented or mitigated before they become serious damage or be repaired before the damage becomes irreparable.

Business enterprises that operate or have business relationships in contexts where there may be attacks on or danger to HREDS should take these risks and impacts into consideration in their due diligence processes. In other words, in line with Guiding Principle 18, business enterprises operating in such contexts should identify and assess any actual or potential risks to defenders caused by or directly related to their activities or business relationships. Once the risks have been identified and assessed, in accordance with Guiding Principle 19, business enterprises should integrate the findings from their impact assessments across relevant functions and processes, and take appropriate measures to seek to prevent or mitigate risks to defenders that are directly linked to their operations, products or services by their business connections with other entities, even if they have not contributed to those impacts. These measures may include implementing an early-warning detection system for risks to defenders; consulting relevant local, national, and international organizations to determine how best to protect defenders; or training staff to better engage with defenders. Once the appropriate measures have been taken, business enterprises should track their effectiveness to find out whether they are working (Guiding Principle 20). Finally, business enterprises should communicate externally regarding the measures they have taken to address the risks and dangers faced by defenders (Guiding Principle 21).

HRDD processes should also be complemented by appropriate policies based on a strong corporate commitment to respecting human rights. These policies should contain an explicit commitment to preventing and addressing their adverse impacts on HREDS. Business

³⁸³ D. Iglesias Márquez, 'La debida diligencia en materia de derechos humanos: Estado de la cuestión y perspectivas', in K. M. Rico Espinoza and E. Guadarrama López (eds.), *Tomo XVI. Derechos humanos y Empresas de la Colección de Estudios en Derechos Humanos*, (Jalisco, 2022), pp. 32–65.

³⁸⁴ UN Human Rights Council, *The Guiding Principles on Business and Human Rights: guidance on ensuring respect for human rights defenders*, A/HRC/47/39/Add.2, 22 June 2022, para. 9.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

enterprises such as Unilever, McDonald's, and Tesco, among others,³⁸⁵ have adopted specific or general policies on HREDs. For example, Meta, formerly Facebook, has been associated with cyber-attacks on HR defenders, such as harassment through Facebook.³⁸⁶ Meta's human rights policy recognizes that social media can cause risks to and attacks on defenders and it is committed to protecting them in accordance with the UN Declaration on Human Rights Defenders.³⁸⁷

In addition to preventing and mitigating risks to and attacks on HREDs, HRDD processes should be informed by their work in promoting and defending human rights. The commentary on Guiding Principle 18 notes that in order to assess the human rights impact of their activities accurately, business enterprises should seek to understand the concerns of potentially affected stakeholders and should therefore consider consulting with defenders and other civil society actors. In this regard, the UN Working Group on Business and Human Rights considers that 'a fundamental component for realising this in practice is to treat human rights defenders as valued partners by engaging with them early, consulting them regularly to understand a business enterprise's impacts on the ground, and pursuing genuine attempts to remediate harm where efforts to prevent abuses against human rights defenders have failed'.³⁸⁸ To date, however, few business enterprises carry out these processes. The 2022 Corporate Human Rights Benchmark, which assesses the human rights performance of 127 global business enterprises in sectors identified as having a high risk of adverse impacts on human rights, highlights a significant gap in the implementation of due diligence processes: in 2022, 46 of the 127 business enterprises assessed scored zero on this issue. Furthermore, business enterprises that carry out due diligence processes rarely take the situation of defenders into consideration.³⁸⁹

In response to the failure of businesses in the implementation of due diligence processes, the call for mandatory HRDD has intensified over the years since the adoption of the UNGPs and began to bear fruit more recently with the emergence of legal initiatives and the adoption of some laws. Today, there appears to be particular momentum around mandatory HRDD legislations and legislative proposals in Europe.³⁹⁰ Mandatory HRDD legislations have been enacted at national level in countries like France, Germany, the Netherlands and Norway.³⁹¹ None of these laws makes express reference to HREDs or their situation of danger.

³⁸⁵ See Business & Human Rights Centre, *Business Policies & statements that mention Human Rights Defenders & civic freedoms*, available at: <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/human-rights-defenders-civic-freedoms/how-companies-investors-can-support-hrds/>.

³⁸⁶ See D. Sebastianne Daiz, *Rights Defenders: Government Weaponizes Facebook to Attack Critics*, 11 November 2021, available at: <https://phkule.org/article/404/rights-defenders-government-weaponizes-facebook-to-attack-critics>; Altonivel, *Facebook Protect llega a México para evitar hackeos, ¿cómo activar este programa de seguridad?*, 2 December 2021, available at: <https://www.altonivel.com.mx/tecnologia/facebook-protect-llega-a-mexico-para-evitar-hackeos-como-activar-este-programa-de-seguridad/>.

³⁸⁷ See Meta, *Corporate Human Rights Policy*, n.d., available at <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/04/Facebooks-Corporate-Human-Rights-Policy.pdf>.

³⁸⁸ UN Human Rights Council, *The Guiding Principles on Business and Human Rights: guidance on ensuring respect for human rights defenders*, A/HRC/47/39/Add.2, 22 June 2021, par. 54.

³⁸⁹ See World Benchmarking Alliance, *Corporate Human Rights Benchmark 2022 Insights Report*, November 2022, available at: <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/research/2022-corporate-human-rights-benchmark-insights-report/>.

³⁹⁰ G. Quijano and C. Lopez, 'Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edge Sword?', *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, n. 2, 2021, pp. 241-254.

³⁹¹ See, S. Deva, 'Mandatory human rights due diligence laws in Europe: A mirage for rightsholders?', *Leiden Journal of International Law*, vol. 36, n. 2, 2023, pp. 389-414.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

However, they contemplate the stakeholder engagement in their provisions. The primary objective of stakeholder engagement in the context of HRDD is to ensure that the measures taken by businesses match the actual risks and needs of individuals or groups whose rights are negatively impacted by their activities.

Stakeholders are persons or groups of persons who have interests that are or could be impacted by an enterprise's activities. Therefore, HREDs are included within the definition of stakeholder and, therefore, they must be considered and consulted as affected and legitimate stakeholders in the HRDD processes. In this regard, the French Duty of Vigilance stipulates that the plan shall be drafted in association with the company stakeholders involved, and where appropriate, within multiparty initiatives that exist in the subsidiaries or at territorial level. The Section 4 of the Norwegian Act Relating to Enterprises' Transparency and Work on Fundamental Human Rights and Decent Working Conditions establishes that the enterprises shall carry out due diligence in accordance with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. For the purposes of this Act, due diligence means to communicate with affected stakeholders and rights-holders regarding how adverse impacts are addressed. The German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Section 4(4) states that in establishing and implementing its risk management system, the enterprise must give due consideration to the interests of its employees, employees within its supply chains and those who may otherwise be directly affected in a protected legal position by the economic activities of the enterprise or in its supply chains.

In February 2022, the European Commission published the proposed directive on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, with the aim of guaranteeing that companies that operate in the EU market contribute to sustainable development and to the transition towards sustainable economies and societies by identifying, preventing, mitigating and minimizing the potential or actual adverse human rights and environmental impacts connected with businesses' own operations, subsidiaries and value chains. In line with the UNGPs, the Directive Proposal empowers businesses to use independent studies in order to identify adverse impacts. However, it departs from the UNGPs in its provision that establishes that, where appropriate, businesses will consult with potentially affected groups, such as workers and other stakeholders, for the purpose of gathering information on the potential or actual adverse impacts. This provision grants some discretion to businesses in carrying out such consultations. In the UNGPs, substantive consultations with potentially affected groups and other stakeholders play a key role in the identification and assessment of the actual or potential negative consequences on human rights and UNGPs, in order to evaluate the impact of their activities on human rights, businesses should try to understand the concerns of stakeholders who might be affected, consulting with them directly and bearing in mind questions of language and other factors that might impair effective communication. In fact, the UNGPs indicate that it is not possible to hold such consultations, businesses must consider reasonable alternatives, such as consulting sound and independent experts, including defenders of human rights and other actors in civil society.

In November 2022, Lara Wolters, member of the European Parliament's Committee of Legal Affairs, released their report setting out proposed amendments to the Commission's Draft

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

Directive.³⁹² The European Parliament thanked all human rights defenders for their courageous and crucial work in defence of human rights and the planet. It also acknowledged that they have to do their work under increasingly challenging and evolving circumstances and often at a heavy personal cost for them, their families and their communities. It also calls on the European External Action Service, the Commission and the Member States to address the threats against and attacks on HRDs by governmental and non-governmental actors, including businesses or groups acting on behalf of them. The European Parliament underlines that it is the state's responsibility to ensure the safety of HRDs and their ability to work in an enabling environment, including when the threats and reprisals come from non-state actors.³⁹³ In this line, one of the amendments proposed by the European Parliament to the Commission's Draft Directive is the inclusion of Article 14 – paragraph 3 b that establishes that Member States and the Commission shall provide support and protection for workers' rights defenders, human rights and environmental defenders in relation to potential or actual adverse impacts related to business operations. It also attempts to enhance the stakeholder engagement provisions by adding a new Article 9 a that states that Member States shall ensure that undertakings effectively and meaningfully engage stakeholders, including human rights and environmental human rights defenders, in fulfilling their due diligence obligations. In this regard, undertakings shall be required to ensure effective and appropriate frameworks, measures and tools of engagement are put in place.

In sum, the UNGPs, therefore, do not break the paradigm of confrontation between HREDs and business enterprises in order to move towards an environment of cooperation. The schedule for implementing the UNGPs nevertheless envisages strengthening the protection of HREDs as a key priority for the global business and human rights agenda in the UNGPs' second decade of existence.³⁹⁴

4.2. The inclusion of HREDs in the UN Treaty on Business and Human Rights

In parallel to the implementation of the UNGPs, in June 2014, the Human Rights Council adopted Resolution 26/9 on the Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, a task for which an open-ended intergovernmental working group (OEIGWG) would take responsibility. This resolution triggered the momentous process of developing a hard law instrument in the field of business and human rights.³⁹⁵ In October 2022, the eighth session of the OEIGWG took place, at which the third revised draft of the proposed legally binding international instrument was discussed.³⁹⁶

³⁹² See, Committee on Legal Affairs, Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-738450_EN.pdf.

³⁹³ See, European Parliament, Resolution of 16 March 2023 on the EU Guidelines on Human Rights Defenders (2021/2204(INI)), available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0086_EN.html.

³⁹⁴ UN Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights at 10: taking stock of the first decade*, A/HRC/47/39, 22 April 2021, para. 66.

³⁹⁵ D. Iglesias Márquez, 'Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades', *Deusto Journal of Human Rights*, No. 4, 2019, pp.145-176.

³⁹⁶ See UN Human Rights Council, *Eighth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, n.d., available at: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session8>.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

HREDs and civil society have been instrumental in driving and sustaining the treaty process.³⁹⁷ During the treaty process, HREDs have been in charge in bringing attention to a range of issues that often escape attention of States, such as climate change and environmental issues, labour issues, business practices in fragile settings, and corruption. The proposed international legally binding instrument is an opportunity to strengthen the international framework for protecting HREDs through binding provisions on States providing for fostering a safe and enabling environment for the promotion and defence of rights and the environment in the face of corporate activities. This is similar to the Escazú Agreement in Latin America. In this sense, in 2017, the Chairperson-Rapporteur of the OEIGWG published a document setting out the elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (hereinafter, ‘the elements document’). The elements document proposed that this international legally binding instrument should include provisions that assure that State Parties ‘adopt adequate measures to guarantee the life, security and integrity of victims, their representatives, witnesses, human rights defenders or whistle blowers, as well as proper assistance, including inter alia, legal, material and medical assistance, in the context of human rights violations or abuses resulting from the activities of TNCs and OBEs throughout their activities.’³⁹⁸ However, in the third revised draft of 2021, the provisions referring to HREDs are very limited.³⁹⁹

On the one hand, the preamble to the third revised draft text of the legally binding instrument contains a reference to the UN Declaration on Human Rights Defenders and recognizes that ‘civil society actors including human rights defenders have an important and legitimate role in promoting the respect of human rights by business enterprises, and in preventing, mitigating and seeking effective remedy for business-related human rights abuses.’ While these references are welcome, they could be complemented with references to the General Assembly Resolution on the protection of women human rights defenders. The differing risks and attacks faced by different groups within the category of defenders must also be recognized. On the other hand, it should be taken into account that preambular provisions are often predominantly aspirational and provide guidance when interpreting the treaty, but do not constitute any kind of binding obligation on States.

With regard to the substantive provisions of the third revised draft text of the legally binding instrument, Article 5.2 requires States to ‘take adequate and effective measures to guarantee a safe and enabling environment for persons, groups and organisations that promote and defend human rights and the environment, so that they are able to exercise their human rights free from any threat, intimidation, violence or insecurity.’ This provision has significant potential to improve the situation of HREDs in the context of business activities. However, ‘human rights and environmental defenders’ should be added expressly. Moreover, the legally

³⁹⁷ D. B. Garrido Alves, ‘Sociedade civil organizada e o tratado em empresa e direitos humanos: caminhos para viabilidade política’, in D. Iglesias Márquez. and A. L. Walter de Santana (eds), *Derechos Humanos y Empresas: retos y debates multidisciplinares en Latinoamérica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), pp. 161-174.

³⁹⁸ See, *Elements for the Draft Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights*. Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9, available at: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf.

³⁹⁹ See OEIGWG Chairmanship, *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 17 August 2021, available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>.

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

binding instrument should be complemented by others provisions ensuring that States impose obligations on business enterprises to prevent or mitigate any kind of attack on HREDDs. In this regard, in the eighth session of the OEIGWG, Uruguay, Panama, Palestine, Mexico and Brazil proposed a new provision in the Article 6. Prevention regarding the protection of HREDDs. In this sense, the proposed 6.8 quarter establishes that State parties shall enact norms to ensure that business enterprises respect the rights of human rights defenders.

The third revised draft text of the legally binding instrument also contains provisions related to stakeholder engagement. Article 6.4 provides that ‘States Parties shall ensure that HRDD measures undertaken by business enterprises shall include: conducting meaningful consultations with individuals or communities whose human rights can potentially be affected by business activities, and with other relevant stakeholders, including trade unions, while giving special attention to those facing heightened risks of business-related human rights abuses, such as women, children, persons with disabilities, indigenous peoples, people of African descent, older persons, migrants, refugees, internally displaced persons and protected populations under occupation or conflict areas.’ This provision is relevant to address the situation of HREDDs. However, HREDDs should be expressly added in the list of stakeholders to be consulted in the due diligence processes.

5. CONCLUSIONS

Globally, there is a worrying lack of monitoring of and accountability for the harmful consequences of corporate activities. This has spurred the laudable work of individuals who promote and defend human rights and the environment in the face of corporate power and bad practices. Often forced or compelled to intervene, these HREDDs resist and report business enterprises’ human rights abuses and environmental impacts, despite growing danger to themselves and their families.

Corporate activities are one of the root causes of lethal and non-lethal attacks on HREDDs around the world. Business enterprises are therefore clearly involved in the attacks both directly and indirectly, whether through legal proceedings to silence and obstruct HREDDs’ work or through inaction in an environment of violence against HREDDs. The generally dangerous situation faced by HREDDs has given rise to international and regional instruments for recognizing and protecting their work. However, its predominantly soft law nature and general provisions do not go far enough to ensure that States construct the framework required to prevent business enterprises from being directly and indirectly involved in attacks on HREDDs. Nor does it contain direct guidance for business enterprises to prevent or mitigate any kind of attack. As a result, the international and regional instruments for protecting HREDDs fails to reverse this dynamic of attacks, which has been generated by an economic model that fails to take negative externalities on people and the environment into account.

The creation of business and human rights instruments at different levels of government provides opportunities to complement the international and regional instruments for protecting HREDDs. These instruments should be articulated and implemented taking into account the situation faced by HREDDs in the context of business activities. The UNGPs and the proposed UN treaty on business and human rights are particularly relevant to addressing the dangers faced by HREDDs. The implementation of the UNGPs —through public policy instruments or legislation, and even at the corporate operational level—must take into account that the protection and respect of HREDDs is not an option but an obligation and a responsibility for States and business enterprises, respectively. In view of this, both national action plans on

THE CONTRIBUTION OF THE UN BUSINESS AND HUMAN RIGHTS FRAMEWORK TO
ENHANCING THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL
DEFENDERS

business and human rights and the due diligence laws currently on the rise, especially at the European level, should shape appropriate measures for ensuring that business enterprises prevent and mitigate attacks on HREDS, especially women and indigenous peoples.

The proposed UN instrument on business and human rights should focus on victims and those affected by business activities. It should include specific provisions to protect HREDS in the context of business activities and to ensure a safe and enabling environment for their work, in line with the Escazú Agreement. The provisions included in the third revised draft remain very limited.

Finally, it should be stressed that business and human rights instruments should promote partnership between States and business to move towards responsible corporate conduct with regard to human rights and the environment. HREDS are key not only to detecting the impacts of corporate activities at an early stage, but also to coordinating prevention, mitigation, and remediation measures. In the domain of business and human rights, HREDS are not enemies but essential allies.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

**La protección debida de los derechos de campesinos, campesinas y trabajadores rurales
frente a abusos atribuibles a actores económicos no empresariales**

Por

Nicolas Carillo Santarelli*

Francesco Seatzu♦

Resumen: los desarrollos del ámbito de las empresas y los derechos humanos pueden arrojar luces que permitan identificar medidas exigibles y convenientes en relación con los riesgos que sufren campesinos y trabajadores en zonas rurales frente a actores económicos, como por ejemplo en el contenido e intensificación de los deberes estatales y la reparación debida. Ello obedece al hecho de que existen abusos que pueden ser atribuibles a actores que persiguen lucro y no han constituido personas jurídicas de derecho interno, que sin embargo tienen una capacidad fáctica de abuso a la que se debe hacer frente. Así, por ejemplo, existen riesgos de explotación laboral, afectación del medio ambiente, y otras conductas atribuibles a aquellos entes, individuales o grupales. Si bien las obligaciones generales del derecho internacional de los derechos humanos claramente exigen protección preventiva y reactiva frente a sus violaciones, un análisis de la protección debida que tenga en cuenta aspectos sobre empresas y derechos humanos que puedan aplicarse frente a ellos cuando no haya impedimentos lógicos o normativos permitirá dotar de un contenido más efectivo a las obligaciones e iniciativas que busquen proteger a los campesinos.

Palabras clave: campesinas y campesinos, actores económicos, explotación laboral, zonas rurales, lucro económico, derechos humanos, derechos humanos

Introducción

El poder económico de diversos actores les sitúa en una posición que les permite posicionar a las campesinas y los campesinos fácticamente en una situación de subordinación y condicionando la posibilidad de que gocen y ejerciten sus derechos. Las empresas transnacionales, por ejemplo, tienen un innegable poder socioeconómico que ejerce presión sobre la discrecionalidad regulatoria de los Estados. En ocasiones, tales empresas pueden buscar mercados pobres y con escasa regulación para incurrir en prácticas que explotan los derechos en cuestión con tal de crear ventajas competitivas y cumplir con metas de crecimiento. Si bien hay quienes dicen que sus operaciones brindan prosperidad regional o local, los daños y problemas que tal actuación genera superan con creces las supuestas bondades, como acontece cuando vulneran, incluso en ocasiones de forma irremediable, derechos y libertades fundamentales. Este problema se exagera en aquellos eventos en los cuales los gobiernos nacionales carecen de la voluntad o capacidad para regular la conducta empresarial en cuestión.

* Postdoctoral Researcher of International Law, University of Cagliari.

♦ Professor of International Law, University of Cagliari.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

Dicho esto, las empresas no son los únicos actores que incurren en tales acciones o cuyo proceder genera problemáticas de tal índole. También existen actores económicos que, careciendo de la identidad de personas jurídicas, despliegan actividades persiguiendo un lucro y teniendo una posición dominante frente a campesinas y campesinos en un plano local e incluso regional. Sus actividades pueden ser lícitas o incluso ilícitas y, no obstante, ser problemáticas en ambos casos. En consecuencia, hay necesidad de proteger a los campesinos frente a todo particular, que persiga lucro o no, incluso si no se le considera persona jurídica de derecho privado. La propia Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales reconoce en su artículo 2.5 sirve de base para recordar la anterior necesidad, en la medida en que menciona lo siguiente:

“Los Estados adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que los actores no estatales cuyas actividades estén en condiciones de regular, como los particulares y las organizaciones privadas, así como las sociedades transnacionales y otras empresas, respeten a refuercen los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales” (subrayado fuera de texto).

Efectivamente, se reconocen la necesidad y el deber de proteger a los campesinos frente a los diversos actores no estatales que existen y pueden existir, sean o no sujetos societarios. La práctica muestra por qué esta exigencia es sabia y necesaria. Piénsese, por ejemplo, en emprendedores que incurren en talas masivas o cultivos que son permitidos (o no) por el Estado y generen problemas medioambientales en términos de escasez de acceso al agua para comunidades campesinas, entre otros ejemplos del primer caso. Pero también hay actores, operando a nivel individual (en el caso de personas naturales aisladas) o en grupo que, sin haberse constituido como empresa en el sistema de derecho interno, incurren en actividades que persiguen lucro de una manera que amenaza y menoscaba el goce y ejercicio de derechos humanos de campesinas y campesinos.

Esto puede ocurrir, por ejemplo, con casos de minería ilegal que generan vulneraciones merced a la correlación entre la afectación del medio ambiente y el goce de derechos humanos en general y de los campesinos en particular;⁴⁰⁰ por amenazas contra quienes se niegan a participar en ciertas actividades o incluso darles tierras, como acontece con carteles de narcotráfico que exigen el uso de tierras para cultivos ilícitos; o por quienes directamente desplazan y se apropian de las tierras de campesinas y campesinos o atentan contra sus vidas e integridad personal, tratándoles de forma instrumental y en consecuencia contraria a su dignidad con tal de perseguir lucro económico.

En tales casos, tal y como acontece con las empresas con personalidad jurídica, es posible que los Estados carezcan de la capacidad fáctica para hacer frente a tales amenazas provenientes de los actores económicos en cuestión. Esto puede obedecer, por ejemplo, a la ausencia de

⁴⁰⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, A/RES/73/165, 21 de enero de 2019, Preámbulo (donde se reconoce “la especial relación e interacción de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales con la tierra, el agua y la naturaleza a las que están vinculados y de las que dependen para su subsistencia); Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párrs. 47-55.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

presencia estatal, o a la capacidad de evasión o incluso combate de los actores económicos en cuestión, entre otras posibilidades. Pero también es posible que existan casos en los cuales agentes de los Estados toleren o apoyen las actividades económicas no empresariales contrarias a los derechos humanos, motivados por corrupción y sobornos, coincidencia en objetivos, u otros factores. En tales casos, los Estados tendrán responsabilidad propia a tenor de la infracción del deber de garantía y protección a su cargo e, incluso, de respeto cuando haya suficiente control efectivo o proceder estatal que atente contra los derechos de forma directa en la medida en que haya vínculos fuertes entre agentes del Estado y actores no estatales que hayan cometido violaciones de derechos humanos, de forma general y conocida por el Estado, cuando este haya tenido aquiescencia y tolerancia de forma grave y generalizada.⁴⁰¹

En todo caso, el deber estatal de proteger frente a los actores no estatales subsiste, y cabe indagar si esos actores como tal también pueden tener responsabilidad. Si bien el marco emergente del *corpus iuris* sobre empresas y derechos humanos ofrece crecientes pautas sobre el proceder estatal, consideramos que cabe insistir y recordar frente a la exigencia de protección en el marco general del derecho internacional de los derechos humanos frente a todo actor, con o sin personalidad jurídica y connotación de empresa.

El marco específico sobre las empresas y los derechos humanos en cuestión, dicho esto, puede ofrecer guías que orienten cuando no haya impedimentos lógicos que supongan una aplicación necesariamente exclusiva de sus criterios a las personas jurídicas. Por ejemplo, así como se ha dicho que las empresas tienen responsabilidades propias cuando contravengan el contenido del derecho imperativo,⁴⁰² se puede mantener que aquellas actividades violatorias y explotadoras de las campesinas y los campesinos que sean reprochadas de forma universal con una *opinio iuris cogentis*⁴⁰³ obligan igualmente de forma directa a todo actor económico, en la medida en que su supremacía y exigencia de integridad plena genera obligaciones implícitas de todo aquel actor que contravenga el *ius cogens*.⁴⁰⁴ Pero incluso por fuera de este marco, al igual que acontece con el segundo pilar del ámbito de las empresas y los derechos humanos, a saber, el pilar de respeto, los actores económicos deben igualmente respetar u obrar de forma tal que se abstengan de generar impactos negativos⁴⁰⁵ en el goce y ejercicio de los derechos humanos, incluyendo entre ellos los que de forma especializada consideren las necesidades particulares de campesinas y campesinos y las amenazas concretas que emanen de aquellos actores.

Este análisis no supone una mera disquisición teórica. Es posible constatar con preocupación acciones de diversos actores económicos que actúan contra los derechos humanos de las campesinas y los campesinos, poniendo en jaque su efectividad y generando preocupación sobre la protección de tales derechos en vista de la ocasional carencia de poder fáctico o voluntad estatal para hacerles frente. Esto hace que sea urgente reconocer la existencia de las

⁴⁰¹ Corte IDH. Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455, párrs. 275-290; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párrs. 75-76.

⁴⁰² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 178.

⁴⁰³ Antonio Remiro Brotons et al., *Derecho internacional*, Tirant Lo Blanch, 2007, págs. 71, 511, 514

⁴⁰⁴ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, Wolf Legal Publishers, 2017, págs. 302-306, 314-321.

⁴⁰⁵ Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017, págs. 923-924.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

relaciones asimétricas y de violación y explotación en cuestión y cómo el derecho internacional de los derechos humanos, lejos de callar, exige acciones al respeto con el propósito de salvaguardar derechos fundamentales que tienen un peso inconmensurablemente mayor al lucro que persiguen sin escrúpulos diversos actores.

1. La relevancia de la identificación de los campesinos y su trabajo

Los términos “campesino(a)” y “trabajadores campesinos” pueden ser polisémicas en el lenguaje cotidiano y ser entendidas de forma diversa por distintas personas. Entre los factores que inciden en esto se encuentran consideraciones culturales de las distintas sociedades. Al respecto, resulta ilustrativo recordar que en la acción de definición de quiénes son campesinos es posible que algunos intérpretes tengan ciertos imperativos propios de movimientos sociales, incluyendo aquellos de nivel transnacional, que difieran de los criterios empleados por quienes se dedican a disciplinas de las ciencias sociales. Los activistas pueden procurar atraer el mayor número posible de adherentes y aliados mediante el empleo de definiciones amplias que abarquen distintas realidades y personas, aunque ello no excluye el que en ocasiones circunscriban el significado de los significantes empleados con tal de excluir realidades que se estimen como contrarias a los objetivos perseguidos o molestas.

En cuanto a las y los “campesinos”, cabe decir que el movimiento agrario transnacional Vía Campesina incluye a organizaciones nacionales que representan grupos muy variados. Estos abarcan desde trabajadores rurales y cultivadores en terrenos pequeños y medianos en países en vías de desarrollo hasta granjeros comerciales con operaciones a pequeña y mediana escala en el denominado Norte Global. En el ámbito de las ciencias sociales, por lo general se procura incluir una perspectiva de género en las definiciones de “campesino” y población rural. Así se señala, por ejemplo, que, en las familias o composiciones de los hogares campesinas, que Joseph L. Love consideró como un elemento por antonomasia de la economía campesina,⁴⁰⁶ hay típicamente tanto una división del trabajo de género como una identificación de relaciones de poder internas por género. De esta manera, en muchas regiones del mundo las mujeres serían las agricultoras primarias, y la participación de la mujer en la agricultura a pequeña escala y en actividades rurales que no son aquellas que se presentan en las granjas parece estar incrementándose, en parte como consecuencia de una creciente migración de éxodo masculina.⁴⁰⁷

Las disquisiciones sobre la definición del concepto de campesino y campesina no son baladíes. Ello obedece al hecho de que, aparte de determinar quiénes están cobijados por la protección de los derechos de quienes se identifiquen como tales, en la medida en que cambie la noción de quiénes son campesinos también podrá haber un cambio en la concepción de cuáles son los derechos y libertades especializados que tienen o deberían tener *de lege lata*, en tanto corresponden a las necesidades particulares de quienes se encuentren en determinado contexto. Las diferentes construcciones sociales del campesinado a lo largo de la historia nos han dado

⁴⁰⁶ Joseph L. Love, *Agrarismo en Rumania y Brasil: procesos similares en periodos diferentes*, disponible en la siguiente dirección web: <file:///Users/francescoseatzu/Downloads/5436-Texto%20del%20art%C3%ADculo-15515-1-10-20150916.pdf>

⁴⁰⁷ Banco Mundial, *Mujeres en la agricultura: las agentes del cambio en el sistema alimentario mundial*, disponible en la siguiente dirección web: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2017/03/07/women-in-agriculture-the-agents-of-change-for-the-food-system>

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

una perspectiva de evolución lineal que va desde un estatus no vulnerable a uno vulnerable, según se sugiere en la literatura.⁴⁰⁸ Este punto de vista suele considerar los años comprendidos entre 2009 y 2018 como aquellos correspondientes a la afirmación de las y los campesinos en el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁰⁹ El énfasis en los aspectos relativos a la soberanía alimentaria, el derecho a la tierra y al territorio, el derecho a preservar el medio ambiente, la libertad para determinar precios y mercados para los productos agrícolas y el derecho a las semillas y a la biodiversidad como elementos distintivos de los campesinos apareció formalmente en la “Declaración de los Derechos de las Campesinas y Campesinos” de 2009 de la Vía Campesina.⁴¹⁰

El sentido de protección del campesinado se plasmó posteriormente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales de 2018 (en lo sucesivo, también “la Declaración”). A pesar de la definición que se ofrece en la Declaración, incluso en ella misma se podría considerar que los conceptos de campesinos y trabajadores rurales no son del todo universales.⁴¹¹ El artículo 1 de la Declaración reconoce de forma implícita que la conceptualización de la noción de campesinos puede tener en cuenta aspectos culturales y sobre valores tradicionales. En la medida en que no se cuenta con una definición unánimemente acordada sobre el campesinado, tampoco hay un consenso universal sobre los derechos fundamentales y las libertades que se relacionan con aquella noción y qué tipos de trabajo deberían ser erradicados.

La OIT y la FAO han delineado cinco categorías principales de las formas explotadoras del trabajo campesino: condiciones de trabajo peligrosas, migración rural forzada, esclavitud, trabajo rural no remunerado y trabajo infantil en áreas rurales. Entre ellas, las tres últimas se han considerado por la OIT como las peores formas de trabajo campesino en términos incondicionales. En el contexto del presente artículo, la identificación de las “formas explotadoras de trabajo campesino” y “trabajo campesino” tiene particular relevancia, en la medida en que se diferencia de otras clases de “trabajo campesino” que suponen otras formas de actividad económica. Esto resulta así en la medida en que diversos actores económicos pueden perseguir la obtención de lucro mediante el empleo o la generación de tales formas preocupantes de explotación laboral en zonas rurales, lo que supone que su identificación exige la protección de quienes se vean afectados en sus derechos humanos con independencia de que aquellos actores tengan una naturaleza empresarial como personas jurídicas o no.

Aquellas formas de explotación entrañan un irrespeto de los derechos de los campesinos, que según el artículo 4.i) de la Declaración de las Naciones Unidas que reconoce sus derechos dispone que ellos tienen derecho a “[t]ener un empleo decente”. Es por esta razón que en su Preámbulo la Declaración alude a que en su elaboración se tuvo en cuenta cómo muchos campesinos están expuestos a “condiciones peligrosas y de explotación”, teniendo con

⁴⁰⁸ J. Ziegler, ‘Peasant Farmers and the Right to Food: a History of Discrimination and Exploitation’, UN doc. A/HRC/AC/3/CRP.5, 4 August 2009.

⁴⁰⁹ Final study of the Human Rights Council Advisory Committee (on the advancement of the rights of peasants and other people working in rural areas), UN doc. A/HRC/19/75, 24 de febrero de 2012, §63.

⁴¹⁰ Véase M. Edelman, Priscilla Claeys, <https://viacampesina.org/es/wp-content/uploads/sites/3/2010/05/declaracion-SP-2009.pdf>, última visita: 6 de febrero de 2023.

⁴¹¹ Así se puede inferir indirectamente a partir de la identificación de cuatro tipos diferentes de definición de “campesino” que se describen por Marc Edelman et Priscilla Claeys, Véase M. Edelman, P. Claeys *The United Nations Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas*, disponible en la siguiente dirección web. https://academicworks.cuny.edu/hc_pubs/591/

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

frecuencia obstáculos para obtener “reparación [y] protección”. En este texto, examinaremos qué exigencias ofrece el derecho internacional de los derechos humanos para removerlos. Entre ellas, se incluye el deber estatal mencionado en el artículo 13.6 de la Declaración, que requiere que se adopten medidas de protección frente a la “explotación económica, [el] trabajo infantil [...] todas las formas contemporáneas de esclavitud [...] y el trabajo forzoso, en particular de pescadores y trabajadores del sector pesquero, silvicultores o trabajadores migrantes o de temporada”.

2. La regulación internacional de las empresas transnacionales frente a los derechos humanos de campesinos y campesinas

Si las empresas transnacionales tienen el deber de respetar los derechos humanos, necesariamente también deberán respetar aquellos cuyos titulares sean las campesinas y los campesinos. Las consideraciones al respecto, aunque formalmente circunscritas a las empresas, pueden ofrecer luces y criterios que también sean aplicables a actores no estatales que persigan lucro careciendo de personalidad jurídica de grupo. En consecuencia, es menester examinar aspectos relativos al marco normativo aplicable a posibles obligaciones internacionales directas e indirectas a cargo de las empresas transnacionales cuyo contenido se sustente en los derechos de los campesinos y otros trabajadores rurales, por ejemplo, contra la explotación a manos de empresas transnacionales y otros actores.

Algunas de las prohibiciones podrán basarse en el derecho internacional de los derechos humanos general, cuando se deriven de las prohibiciones de la esclavitud y sus formas análogas, cuya naturaleza es de índole imperativa⁴¹² y dota en consecuencia a esas normas de un carácter incondicional e indisponible. A nuestro parecer, ello supone adicionalmente que todos aquellos con la capacidad fáctica de contravenir su contenido están jurídicamente obligados a abstenerse de comportarse en tal sentido.⁴¹³ Por lo demás, cabe aclarar que a pesar del hecho de que la Declaración y algunos otros instrumentos carezcan de vinculatoriedad directa y, por ende, no pueden ser directamente invocados para exigir su aplicación, pueden tanto contribuir a la generación y cristalización de normas de derecho positivo como tener un contenido que coincida con lo que ya determinen preceptos de *lex lata*. Es notable, por ejemplo, la invocación de la declaración en el derecho constitucional colombiano.⁴¹⁴

Con independencia de que se considere o no la actividad empresarial primordialmente como un factor esencial para la prosperidad económica de un país o, por el contrario, se ponga el énfasis en el análisis de los daños que la misma puede generar (por ejemplo, cuando se presente explotación de trabajadores rurales), es innegable constatar cómo en la actualidad las empresas transnacionales tienen un poder tal que les permite influenciar la gobernanza nacional y global. Al respecto, cabe tener en cuenta que la actividad de las empresas transnacionales supone aproximadamente tres cuartos del PBI mundial, que emplean a 90 millones de personas (siendo aproximadamente 20 millones de ellas habitantes de países en desarrollo), y que producen un 25% del producto interno bruto del mundo, datos que ciertamente hacen que puedan tener un

⁴¹² Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 111, 412-413.

⁴¹³ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors*, op. cit., págs. 302-306, 314-321.

⁴¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/17, 8 de febrero de 2017.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

poder económico frente a los países en vías de desarrollo.⁴¹⁵ Pero asimismo es posible observar que tal y como también se producen acciones contra los derechos humanos atribuibles a empresas locales sin carácter transnacional,⁴¹⁶ hay diversos grupos y actores que actúan buscando un lucro económico mediante procederes que atentan de distintas maneras contra el goce y ejercicio de los derechos humanos, incluyendo a aquellos cuyos titulares son los campesinos. Ciertamente, las empresas transnacionales cuentan con una capacidad de elusión del control estatal que les ofrecen herramientas de derecho privado en términos de movilización, pero también se constata cómo otros actores económicos pueden tener a su disposición con otros métodos de persuasión, incluso violentos, y de elusión de control estatal en términos fácticos. Si lo que importa es proteger los derechos humanos, ello necesariamente supone que la protección se haga frente a toda amenaza y no sólo frente a aquella de unos cuantos.⁴¹⁷ Asimismo, es menester tener en cuenta la complejidad de interacciones de prácticas factores socioeconómicos en distintos Estados que dificulten la salvaguardia de los derechos humanos, incluyendo los múltiples derechos humanos reconocidos a favor de los campesinos.

El trabajo campesino es, sin duda, un asunto de derechos humanos. Así se reconoce, por ejemplo, en los artículos 4.2 y 13 de la Declaración, además de su Preámbulo. En consecuencia, debe analizarse si su contenido protegido es vulnerable a acciones de empresas y otros actores económicos, y cuáles comportamientos pueden suponer una infracción del mismo y de otros derechos, como los concernientes a la soberanía alimentaria, a la protección y utilización sostenible de la biodiversidad, o al acceso a la tierra y a las semillas. Los artículos 12, 17, 19 y 20 de la Declaración, entre otros, son relevantes al respecto. Las violaciones de aquellos derechos, en consecuencia, pueden ser de variada índole, como acontece con la explotación laboral o la destrucción de un medioambiente sano. Indudablemente, reconocer esto no supone negar que puede haber efectos positivos de la actividad empresarial frente a los derechos de los campesinos. Por ejemplo, el acceso a medicinas o nueva tecnología puede contribuir a la salud de trabajadores rurales. Pero la existencia de los beneficios, cuando ellos existan, ni niega ni supone que hayan de ignorarse los daños que se generen como consecuencia de las conductas de los diversos actores económicos. Si bien los Estados tienen un deber jurídico propio de garantizar y proteger los derechos humanos frente a estas conductas, su deber es de medios y no de resultado la mayor parte de las veces. Y como hemos venido diciendo, es posible que pese al despliegue diligente de diversas iniciativas estatales los actores económicos las burlen y evadan. Esta y otras realidades hacen que se haya presentado un impulso para el reconocimiento de deberes de las empresas que no son meramente exhortatorios o voluntarios sino vinculantes, incluso en términos penales. Así, por ejemplo, Michael K. Addo ha bien afirmado que:

⁴¹⁵ Juan Hernández Zubizarret, *LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS:*

HISTORIA DE UNA ASIMETRÍA NORMATIVA De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales, Observatorio de las Multinacionales en América Latina, 2016, disponible en la siguiente dirección web: https://publicaciones.hegoa.ehu.eus/uploads/pdfs/79/Empresas_transnacionales_frente_a_los_derechos_humanos.pdf?1488539221

⁴¹⁶ Michael Hobbes, “The Untouchables”, *Foreign Policy*, 11 April 2016.

⁴¹⁷ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors*, op. cit., págs. 34-37.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

“[T]here at the moment are well-set up normative requirements within the human rights subject that are sufficiently worldwide and multidisciplinary to offer a criminal foundation for steering company behavior of their social or political and certainly financial persona’.⁴¹⁸

Dicho esto, algunos análisis, como el efectuado por Upendra Baxi, han puesto de manifiesto las razones esgrimidas por algunos para oponerse a la extensión de obligaciones de derechos humanos a las empresas,⁴¹⁹ como por ejemplo la idea de que las empresas tienen supuestamente una responsabilidad social exclusiva frente a sus accionistas, de que los deberes positivos han de estar únicamente a cargo del Estado incluso cuando exista influencia financiera no estatal, de que la regulación global es supuestamente aún estado-céntrica o de que la regulación de obligaciones empresariales podría generar desventajas competitivas que se traduzcan en la pérdida de negocios frente a quienes ignoren los requerimientos globales.⁴²⁰

La personalidad jurídica de las empresas transnacionales ha sido objeto de particular discusión por parte de las y los internacionalistas. Pese a que tradicionalmente había renuencia a sostener expresamente que las empresas pueden gozar de personalidad jurídica internacional, la participación de corporaciones privadas en la escena internacional, junto a sus operaciones en un entorno de globalización, evidencian que sí pueden tenerla. El hecho de que se benefician del derecho internacional de la protección de inversiones pone de manifiesto que otras ramas del derecho internacional también pueden ocuparse de distinta manera de ellas. Junto al cambio de paradigmas y percepciones que todo esto conlleva, se suma la constatación de abusos sufridos por seres humanos, incluidos quienes habitan en zonas rurales, a manos de algunas conductas empresariales, lo que llama la atención sobre la necesidad de proteger a las víctimas actuales y potenciales y de ajustar las interpretaciones o contenidos del derecho internacional a tal efecto.

Por ello, no puede sostenerse hoy día que haya un impedimento de protección basado en aspectos sobre personalidad jurídica internacional de las empresas. Por el contrario, aquello que procede es diseñar e identificar sus derechos y deberes. De igual manera, frente a otros actores económicos no hay impedimento alguno. Las teorías sobre personalidad jurídica internacional bien llaman la atención sobre la posibilidad lógica, fáctica y normativa de asignar determinadas cargas a algún actor (“*capacity*”).⁴²¹ Al respecto, consideramos que no existen obstáculos lógicos o normativos a la posibilidad de reconocer y regular obligaciones de derechos humanos, incluyendo aquellas concernientes a los derechos de campesinas, campesinos y otros trabajadores rurales, a cargo de otros actores económicos.

No existiendo impedimentos lógicos o normativos, un actor tendrá obligaciones internacionales en la medida en la que sea destinatario de ellas a través del empleo de fuentes del derecho internacional por parte de quienes tienen la capacidad de recurrir a ellas. Y la

⁴¹⁸ La declaración de Addo está disponible en la siguiente dirección web: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/20150706_Statement_IGWG.pdf

⁴¹⁹ Upendra Baxi, *From Human Rights to the Right to be Human: some Heresies*, Routledge, 2008, pág. 357-369. Ver también María Del Carmen Barranco Avilés, “Vulnerabilidad, derechos humanos y empresas”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Vol. 34, 2016, pág. 1.

⁴²⁰ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1994.

⁴²¹ Gaetano Pentassuglia, “Book Review of Meijknecht, Anna”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pág. 391.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

indicación de que son destinatarios puede ser expresa o implícita. Por ejemplo, la condena universal a determinadas formas de explotación laboral, que pueden afectar a campesinas y a campesinos, es tal que puede considerársele como de *ius cogens* y, en consecuencia, como determinante de que toda conducta contraria a su contenido es ilícita, con independencia de quién provenga, lo que evidentemente incluye en nuestro caso a los actores económicos susceptibles de incurrir en una conducta tal.

Una cuestión aparte es la relativa a qué tal efectiva sea la implementación de las normas en cuestión y de qué manera tendrá lugar. Esto se debe a la posibilidad frecuente de que las normas sustantivas vayan separadas de los mecanismos procedimentales para hacerlas efectivas en el derecho internacional, o que incluso estas últimas no existan y sea menester acudir a normas y agentes del derecho interno a efectos de la implementación y garantía.⁴²² Adicionalmente, pueden presentarse dificultades fácticas. Frente a las empresas, estas pueden aludir a la soberanía territorial y al velo corporativo que dificulte las acciones de un Estado contra una empresa que se ha trasladado a otra jurisdicción. Todo esto pone de manifiesto la conveniencia e incluso, si se quiere, necesidad de diseñar a futuro un marco que de forma expresa se refiera a los deberes de las empresas y otros actores económicos en el marco del derecho de los derechos humanos y sus subcomponentes.

3. El ámbito de las empresas y los derechos humanos como un *corpus iuris* en evolución que llama la atención sobre la necesidad de proteger frente a toda violación proveniente de actores económicos

El ámbito de las empresas y los derechos humanos puede ofrecer elementos que contribuyan a identificar consideraciones jurídicas pertinentes para el análisis de la protección de los derechos humanos de trabajadores rurales, campesinas y campesinos, frente a otros actores que, también persiguiendo un lucro económico, carezcan no obstante de personalidad jurídica corporativa. En particular, resultarán de gran importancia los llamados Pilares I y III de aquella subrama del derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que ofrecen directrices relativas a los deberes estatales y mecanismos de protección. El pilar de respeto por parte de las empresas es quizás menos relevante frente a aquellos actores económicos que por antonomasia incurren en actividades ilícitas (por ejemplo, con explotación laboral obtenida por amenazas armadas), aunque también puede haber elementos relevantes aplicables a actores económicos que procuren comportarse adecuadamente para identificar cómo evitar de forma diligente incurrir, participar en o contribuir a impactos negativos frente al goce y ejercicio de los derechos humanos.

En el sistema interamericano de derechos humanos se han identificado elementos de aquel *corpus iuris* subespecializado.⁴²³ Entre ellos, sin que constituya la única fuente ni el último

⁴²² Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford University Press, 2006, pp. 74-75.

⁴²³ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 224 y siguientes; Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 318; Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párrs. 149-150.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

estadio de desarrollo,⁴²⁴ es necesario tener en cuenta los contenidos en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante, también “los Principios Rectores”) adoptados en el seno de las Naciones Unidas en 2011. En este sentido, en su informe temático sobre empresas y derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también la CIDH) mencionó en el año de 2019 que:

“[L]os Principios Rectores no pretenden ser la última palabra [...] la CIDH y su REDESCA entienden los Principios Rectores como una base conceptual dinámica y evolutiva [...] en lugar de considerarlos como pautas cerradas que impidan abrir espacios [...] hacia un progreso acumulativo que tenga en cuenta el impacto real en la vida de las personas y comunidades en estos contextos, en particular teniendo en cuenta la normativa, experiencia y jurisprudencia interamericanas”.⁴²⁵

Además de recalcar cómo los Principios Rectores no agotan el derecho positivo existente y posibles desarrollos futuros frente a empresas (y, en la medida en que ello resulte compatible y pertinente, en relación con otros actores económicos), también es necesario recordar que, pese a la forma no vinculante del instrumento en que se adoptaron, codifica algunas normas ya existentes en el derecho internacional.

Entre ellas se encuentran, por ejemplo, las relativas a los deberes estatales relativos a la protección de los derechos humanos frente a impactos empresariales negativos. Las medidas que permiten cumplir con tales obligaciones son todas aquellas que razonablemente estén al alcance del Estado, y por ello no se circunscriben a políticas públicas. Por ejemplo, debe haber remedios disponibles, y las políticas serán *complementarias* a ellos y otros mecanismos. Esto no niega que pueda resultar deseable que se adopten planes de acción nacional y normas de derecho interno que contribuyan a la promoción de objetivos en la materia. En resumen, el pilar I del corpus iuris sobre las empresas y los derechos humanos, relativo a las obligaciones de protección a cargo de los Estados,⁴²⁶ en buena medida codifica derecho ya existente, declarando *lex lata*⁴²⁷ (la cual sigue en un constante proceso de evolución, a medida que se identifican vacíos de protección y se acude a fuentes del derecho para llenarlos).

¿Por qué consideramos que aquellas obligaciones estatales también existen frente a actores económicos no empresariales, pudiendo los Principios Rectores y otros desarrollos ser útiles para su análisis? En tanto las obligaciones generales sobre empresas y derechos humanos exigen protección estatal frente a toda amenaza, con independencia de su naturaleza, los

⁴²⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Naciones Unidas, 2011. También resultan de interés, entre otros instrumentos, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, tras su revisión de 2011.

⁴²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párrs. 10-11.

⁴²⁶ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Principios Generales y apartado I, “El deber del Estado de proteger los derechos humanos”.

⁴²⁷ Naciones Unidas, *Frequently asked questions about the Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2014, págs. 7-8 (“the State duty to protect individuals from human rights abuses committed by companies requires the State to take appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication. This duty derives both from existing human rights duties that States have taken on by ratifying one or more international human rights treaties [...] The Guiding Principles refer to and derive from States’ existing obligations under international law”).

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

Estados están obligados a proteger a las víctimas actuales y potenciales frente a riesgos generados por la actividad de entes con y sin personalidad jurídica que persiguen lucrarse de las actividades peligrosas desplegadas por trabajadores con los que se relacionan. Diversas situaciones fácticas llaman la atención sobre esta necesidad, incluyendo aquellas relativas a la asimetría en las relaciones entre trabajadores en situación de vulnerabilidad, como en ocasiones pueden serlo los campesinos, y actores económicos,⁴²⁸ que por ejemplo invaden tierras u ocupan a trabajadores rurales en condiciones peligrosas o de otra índole contrarias al respeto debido a sus derechos.

Adicionalmente, en nuestra opinión, los Estados tienen el deber de emprender acciones e iniciativas con la debida diligencia según las circunstancias para procurar la eliminación de condiciones de explotación, incluyendo aquella afectando a trabajadores rurales en relación con actores económicos sin personalidad jurídica, incluyendo a emprendedores que no han constituido sociedades unipersonales, grupos que les empleen en actividades ilícitas, y otros. Al respecto, estimamos pertinente mencionar que en su observación general sobre obligaciones estatales en el contexto de actividades empresariales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales llamó la atención sobre la vulnerabilidad de ciertos trabajadores “a la explotación [...] a salarios injustos y a entornos de trabajo peligrosos e insalubres”, y sobre una obligación estatal respectiva de eliminar la discriminación formal y sustantiva frente a grupos afectados de manera desproporcionada.⁴²⁹

Adicionalmente, como mencionó la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de fondo en el presente caso, en el sistema Universal de las Naciones Unidas se ha identificado una obligación estatal de protección de las niñas y los niños frente a explotación económica y trabajos que pongan en riesgo sus derechos a la educación y salud, entre otros.⁴³⁰ Esta observación es muy pertinente frente a niñas y niños campesinos, quienes por ejemplo sean explotados de formas que afecten múltiples derechos, incluyendo la posibilidad de que vayan a la escuela y se ocupen en actividades riesgosas para su salud. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que existe una obligación de los Estados de proteger a las niñas y a los niños frente a amenazas graves a su integridad personal, sin que sea suficiente para cumplir con ella la existencia de legislación que les haga frente, en la medida en que es indispensable que ella brinde protección de forma práctica y efectiva.⁴³¹ De igual manera, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha indicado que la “explotación social y económica de niños y adolescentes” es contraria a la garantía de “condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”.⁴³²

⁴²⁸ César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, CS, No. 1, 2007, págs. 5-7, 13.

⁴²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 7-9.

⁴³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 64/18 (Fondo), Caso N° 12.738, Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) Vs. Honduras, párr. 221.

⁴³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de Siliadin Vs. Francia, Sentencia del 26 de julio de 2005, párrs. 143, 148.

⁴³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016, párr. 6.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

La precariedad en que se encuentran algunos trabajadores rurales hace que ciertos actores económicos se aprovechen de las necesidades de una población vulnerable en relaciones asimétricas con sus integrantes. Como dijo la Corte en el caso de la Hacienda Verde Vs. Brasil, “es importante que el Estado adopte medidas para desalentar la demanda que alimenta la explotación del trabajo”.⁴³³ Por ejemplo, en un caso presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las peticionarias aludieron a la falta de oportunidades laborales como un factor que incide en la motivación para realizar actividades de buceo especialmente peligrosas por parte de víctimas.⁴³⁴ De la misma manera, en el párrafo 10 del informe de admisibilidad de la CIDH en el caso Miskitos contra Honduras se mencionan aspectos relativos a las anteriores consideraciones, en el sentido de que los peticionarios alegaban lo siguiente:

“Ante la falta de oportunidades laborales, los miembros del Pueblo Miskitu (hombres, jóvenes e incluso niños) se ven obligados a trabajar como buzos para empresas pesqueras en condiciones inhumanas, sin la debida capacitación, garantías de seguridad y salud ocupacional, siendo víctimas de explotación laboral de parte de los propietarios y capitanes de las embarcaciones. Agregan que ante la escasez de los recursos marinos en aguas poco profundas, los buzos son obligados por sus patronos, bajo amenazas y en algunos casos a punta de pistola, a descender a mayores profundidades y a estar sumergidos por más tiempo, contradiciéndose las normas básicas de buceo, a riesgo de sufrir el síndrome de descompresión y otros accidentes laborales, lo que ha ocasionado y sistemáticamente sigue provocándose la discapacidad parcial, permanente e inclusive la muerte de miles de buzo”.⁴³⁵

El reconocimiento de obligaciones que deben ser cumplidas por los Estados frente a todos los actores económicos puede ofrecer una esperanza que transforme prácticas de los agentes estatales de forma más coherente con las exigencias de la dignidad humana y autonomía como fundamentos de los derechos humanos.

En cuanto a la relevancia del estudio de los deberes estatales frente a diversos actores económicos que ponen en riesgo el goce y ejercicio de los derechos humanos en sus jurisdicciones, incluso si se trata de sujetos que persiguen lucro sin haberse constituido como personas jurídicas de derecho privado (ej. Comercial), es necesario aclarar lo siguiente. A nuestro juicio, a pesar de aparentes vacíos en los Principios Rectores, el *corpus iuris* de las empresas y los derechos humanos impone exigencias a los Estados frente a la realidad, muy presente en la región americana, de afectaciones al goce y ejercicio de los derechos humanos emanadas de la conducta de actores económicos sin personalidad jurídica.

¿Acaso se debería limitar el ámbito de aplicación de las consideraciones relativas a las obligaciones estatales de prevención y respuesta frente a las conductas que pongan en peligro el goce y ejercicio de los derechos humanos a aquellas que emanen o sean atribuibles a empresas constituidas como personas jurídicas en determinado derecho interno? La respuesta es negativa. Los desarrollos en la materia también son pertinentes frente a otro tipo de actores. Por una parte, porque los fundamentos subyacentes son idénticos: el deber general de

⁴³³ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 318.

⁴³⁴ CEJIL et al., Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) Vs. Estado de Honduras, 6 de enero de 2020, págs. 25-27, 84.

⁴³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 121/09, Petición 1186-04, Admisibilidad, Opario Lemoth Morris y otros (buzos Miskitos) Vs. Honduras, 12 de noviembre de 2009, párr. 10.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

protección y garantía que tienen los Estados a su cargo frente a los derechos humanos para protegerles de toda amenaza. Incluso cuando nos adentremos en el ámbito especializado de las empresas y derechos humanos, sus desarrollos pueden arrojar luces sobre criterios y principios que no son exclusivos en términos lógicos o de posibilidades jurídicas frente a aquellas.

En las dinámicas económicas de diversas regiones, por ejemplo, se presentan múltiples actuaciones en las que intervienen actores económicos que carecen de personalidad jurídica y, pese a ello, operan en actividades lícitas y/o ilícitas con el propósito de obtener lucro. Tales actores incluyen a individuos y a entidades que operan como un grupo fáctico, tales como grupos armados, individuos que persiguen lucro con actividades de minería o siembra ilegal explotando a campesinos, u otros.

Los distintos actores económicos, con independencia de que tengan reconocimiento formal y personalidad jurídica propia o no, tienen la capacidad fáctica de violar derechos humanos. Efectivamente, mediante su conducta pueden potencialmente afectar negativamente su goce y ejercicio, o participar en las violaciones perpetradas por otros actores como cómplices de otra manera.⁴³⁶ En consecuencia, los Estados tienen el deber de garantía previsto en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que les exige prevenir y responder a violaciones no estatales (investigando, sancionando y exigiendo reparaciones) frente a todos ellos. Esta exigencia de derecho positivo tiene una gran importancia en la medida en la que, como ha mencionado Jan Klabbers, para proteger a las víctimas es necesario tanto responder a las agresiones que cometan los individuos agentes de grupos como exigir responsabilidades a los entes grupales que con sus recursos, estructuras y motivaciones hacen posibles y motivan la comisión de violaciones.⁴³⁷

El deber de garantía que tienen los Estados frente a todos los actores no estatales (con o sin personalidad jurídica), incluidos los empresariales, que violen los derechos humanos, ha sido reconocido en la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana desde su primera sentencia en un caso contencioso, y en la jurisprudencia de otros órganos regionales y universales con competencias sobre derechos humanos.⁴³⁸ A lo anterior, a mi parecer, se suman aquellos casos en los que los actores no estatales generen riesgos de afectación negativa del goce y ejercicio de los derechos humanos.

Dicho esto, a la perspectiva sobre los deberes estatales, cabe añadir la expectativa de conducta no estatal que existe en un sistema fundado en el reconocimiento de la dignidad humana como

⁴³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párrs. 177-184.

⁴³⁷ Jan Klabbers, *International Law*, Cambridge University Press, 2013, págs. 137-138.

⁴³⁸ August Reinisch, "The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors", en: Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, págs. 78-82; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 14-24; Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 176, en el que se dice que "El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención".

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

incondicional y fundamental. Esto supone que los actores que persigan lucro han de procurar diligentemente evitar la generación de impactos negativos mediante su conducta, y esforzarse de forma intensificada entre mayor sea la proximidad a una posibilidad o región de riesgo de vulneración. Cuando el derecho imperativo esté en juego, habrá un deber no estatal de naturaleza jurídica. Ciertamente, se ha dicho que existen obligaciones implícitas de respeto que el derecho internacional impone directamente a quienes puedan contravenirlo, en términos de su obligación de abstenerse de afectar derechos que tengan naturaleza de derecho imperativo o *ius cogens*.⁴³⁹ En caso que no haya estándares imperativos de por medio, si no hay una generación de obligaciones a cargo de los actores no estatales involucrados mediante las fuentes del derecho internacional o interno, habrá cuando menos una responsabilidad social y moral a su cargo, según han sugerido otros estudios.⁴⁴⁰

Al respecto, conviene hacer alusión a la interrelación entre la debida diligencia exigible a las empresas y el deber estatal de exigir su observancia,⁴⁴¹ por una parte, y el hecho de que las empresas han de evitar que en el desarrollo de sus actividades se ponga en peligro el goce y ejercicio de los derechos humanos. Al respecto, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales señalan que las empresas deben:

“11. Evitar que las actividades propias generen o contribuyan a generar impactos negativos en los campos contemplados por las Directrices y tomar las medidas necesarias para tratarlos cuando se produzcan dichos impactos.

4. Esfuerzos para impedir o atenuar los impactos negativos, incluso aquellos directamente relacionados con las actividades, productos o servicios de actores económicos

En el contexto de las actividades en el sector informal que se desarrollen en zonas rurales o empleando a campesinos, es pertinente tener en cuenta que existen casos en los cuales las víctimas trabajan (con o sin reconocimiento formal) para actores económicos que les encargan actividades peligrosas sin contar con las medidas de seguridad apropiadas, exponiéndolos a graves riesgos.

⁴³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 178; Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors*, op. cit., capítulo 6, entre otros.

⁴⁴⁰ Andrew Clapham and Scott Jerbi, “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hastings International and Comparative Law Journal*, Vol. 24, 2001, págs. 347-348.

⁴⁴¹ Como bien ha dicho la CIDH, los distintos pilares relativos a las empresas y los derechos humanos “deben entenderse como un todo coherente”, que se encuentran interconectados e interactúan mutuamente produciendo sinergias constantes”. Fuente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 9.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

La jurisprudencia de diversos órganos de supervisión de derechos humanos ha reconocido la existencia de violaciones⁴⁴² no estatales, incluidas las atribuibles a actores económicos, tanto aquellos que gozan como los que carecen de personalidad jurídica propia. Asimismo, en el contexto de la negociación del tratado sobre empresas y derechos humanos se ha reconocido la existencia de abusos empresariales.⁴⁴³ Ambos términos reconocen la existencia de afectaciones causadas negativas al goce de los derechos humanos por parte de conductas atribuibles a particulares. Frente a ellas, los Estados están obligados a brindar protección a las víctimas actuales y potenciales, de conformidad con el deber de garantía reconocido en el a su cargo, como recuerda el pilar I de protección del ámbito de las empresas y los derechos humanos.⁴⁴⁴

En el caso de los campesinos y otros trabajadores rurales, por ejemplo, se pueden presentar situaciones en las que particulares que persigan actividades con fines lucro, bien sea incurriendo en actividades lícitas o ilícitas, asignen o impongan labores en un entorno de explotación y de realización de actividades altamente peligrosas sin condiciones de seguridad aceptables. Entre ellas pueden identificarse diversos tipos de actividades, como por ejemplo la pesca, que según la OIT se encuentra entre las profesiones más peligrosas.⁴⁴⁵ En ocasiones, se incrementan los riesgos de afectación debido a la manera en la que se realizan las actividades encargadas, especialmente si debido a lo remoto del paraje rural en el que se realicen o al deseo de los actores económicos de encubrir sus operaciones no hay acceso oportuno a servicios e inspecciones de salud y protección.

A nuestro parecer, el lucro perseguido por los particulares hace que, con independencia de que sean personas jurídicas de derecho interno o no, todos ellos puedan ser considerados como actores empresariales *lato sensu*, bien sea individuales o como grupos *de facto*. Entre aquellos actores, se pueden identificar a comandantes y los grupos o carteles a su cargo, por ejemplo, cuando dirijan e impongan actividades de deforestación que afecten la tierra y residencia de campesinos, les empleen en cultivos problemáticos en términos ambientales o de licitud, empleen a campesinos como capitanes o propietarios de maquinaria indispensable para operaciones en zonas rurales, u otras situaciones. No siempre cuando un actor despliegue o

⁴⁴² El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales habla, por ejemplo, de “violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales”. Fuente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 34. Ver, además: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso de Ilaşcu y otros Vs. Moldavia y Rusia, Sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 318; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 288-289; Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 176 y la cita transcrita en el pie de página 16, supra.

⁴⁴³ En el artículo 1.2 del segundo borrador del tratado, presentado en el año 2020, se dice que ““Human rights abuse” shall mean any harm committed by a business enterprise, through acts or omissions in the context of business activities, against any person or group of persons, that impedes the full enjoyment of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including regarding environmental rights”. Fuente: OEIGWG Chairmanship second revised draft, “LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES”, del 6 de agosto de 2020.

⁴⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párrs. 55, 65-66.

⁴⁴⁵ Véase: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_071404/lang--es/index.htm (última visita: 18 de marzo de 2021).

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

dirija actividades buscando lucro y lo haga empleando o afectando a campesinos tendrá personalidad jurídica de derecho privado. Esto puede deberse a la ausencia de una constitución formal de una persona jurídica que se considere como *intencional*, por ejemplo, para no llamar la atención sobre sus actividades y evitar controles, o para evitar cargas fiscales, medioambientales y laborales, entre otras posibilidades.

No obstante, la ausencia de personalidad jurídica interna no excluye la pertinencia de algunos criterios sobre empresas y derechos humanos ni la exigibilidad de deberes al Estado. Efectivamente, en su jurisprudencia, los órganos de supervisión del sistema interamericano, europeo y universal han examinado los deberes estatales frente a una multiplicidad de actores no constituidos formalmente como personas jurídicas, entre los que se incluye a grupos armados y criminales,⁴⁴⁶ que ciertamente actúan en ocasiones en zonas rurales.

Al respecto, también es menester tener en cuenta que en el anteriormente citado informe de la CIDH se emplea expresamente la expresión “actores económicos”, incluso como complementaria y no sinónimo de la expresión “empresas”.⁴⁴⁷ Esto confirma la existencia de exigencias de acción estatal comunes que existen frente a los distintos actores que persiguen lucro, con independencia de que tengan o no personalidad jurídica interna.

Adicionalmente, en la doctrina jurídica internacional se ha mencionado por parte de autores como Andrew Clapham que, salvo en aquellos casos en los cuales en determinado instrumento se ofrezca una definición expresa de qué actores no estatales son sus destinatarios directos o indirectos, la alusión a los actores no estatales debe entenderse como comprensiva de los múltiples entes que pueden considerarse como tales. En consecuencia, por lo general, el término actores no estatales debe entenderse como abarcando a todos los entes diferentes a los Estados.⁴⁴⁸ A su vez, en un sentido ordinario, la noción de “actividades empresariales” puede entenderse como alusiva a las desplegadas por diversos actores que persiguen lucro, no condicionándose a su licitud o a la posesión de determinada categoría en términos de personalidad jurídica. El segundo borrador del tratado sobre empresas y derechos humanos publicado en 2020, por ejemplo, describe en su artículo 1.3 lo siguiente:

““Business activities” means any for profit economic or other activity undertaken by a natural or legal person, including State-owned enterprises, transnational corporations, other business enterprises, and joint ventures, undertaken by a natural or legal person. This will include activities undertaken by electronic means”.

Igualmente, una interpretación teleológica, que exige la regla general de interpretación prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido empleada de forma constante y acertada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sugiere a mi parecer que el fin de proteger frente a violaciones de actores que persiguen lucro

⁴⁴⁶ Ver, a mero título enunciativo, Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de Oršuš and other Vs. Croacia, Sentencia del 16 de marzo de 2010, párrs 77 y siguientes; Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 36, Artículo 6: derecho a la vida, CCPR/C/GC/36, 3 de septiembre de 2019, párr. 21.

⁴⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, p. 204.

⁴⁴⁸ Andrew Clapham, “Non-State Actors (in Postconflict Peace-building)”, en: Vicent Chetail (ed.), *Postconflict Peace-building: A Lexicon*, Oxford University Press, 2009.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

no tiene por qué limitarse exclusivamente frente a aquellos entes que gocen de cierta personalidad jurídica. A nuestro parecer, sostener una limitación tal restringiría de forma no requerida e indebida la protección de la dignidad humana y, de esta manera, frustraría el objeto y fin de instrumentos sobre derechos humanos. Adicionalmente, el sentido ordinario de la noción empresa, de conformidad con el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, incluye entre sus acepciones a toda “Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”⁴⁴⁹.

En situaciones como la descrita, un Estado ni podría alegar en modo alguno la ausencia de personas jurídicas en algunas situaciones para esgrimir que en él no tenía obligaciones de garantía *ex ante* y *ex post facto*. Adicionalmente, el conocimiento que deben tener los Estados sobre los graves riesgos que puedan sufrir campesinas y campesinos, además de otros trabajadores rurales, como población especialmente protegida ante el derecho internacional de los derechos humanos, les impone cargas adicionales que intensifican el deber de garantía a su cargo.

En relación con los deberes estatales de protección y exigencia de reparaciones frente a las víctimas (que se refieren a los llamados pilares I y III de las empresas y los derechos humanos),⁴⁵⁰ cabe resaltar que aquellas obligaciones deben analizarse a la luz de las realidades frente a las que están llamadas a aplicarse. Entre ellas se incluye el hecho de que existen individuos y grupos que carecen interactúan con campesinos de diversas maneras, empleándoles, explotándoles, persiguiéndoles o afectándoles, y no han constituido una persona jurídica. Es posible que esta falta de creación de una empresa formal sea intencional, por ejemplo, para buscar beneficiarse de la informalidad y eludir así determinadas cargas jurídicas o responsabilidades. A su vez, esto puede ocurrir en ocasiones porque hay una dedicación a actividades con elementos de ilicitud.

Algunos campesinos, incluso desde muy temprana edad, entran en relaciones fácticas con actores económicos como aquellos por diversas razones. Entre ellas, se incluyen circunstancias de vulnerabilidad debido al desempleo en zonas con abandono de la presencia estatal o a la falta de acceso a actividades económicas que permitan obtener un ingreso digno. Esto les expone a relaciones de explotación y a ser empleados en actividades altamente peligrosas sin garantías o condiciones de seguridad laboral.

En resumen, los Estados tienen a su cargo deberes de garantía que les exigen prevenir y responder a violaciones de actores no estatales que persiguiesen lucro y amenazasen el goce y ejercicio de los derechos humanos, con independencia de que se identifique presencia de una persona jurídica de derecho privado o no.

5. La multiplicidad de derechos con respecto a los cuales los Estados deben brindar protección frente a violaciones atribuibles a actores económicos o en las que los mismos participen

⁴⁴⁹ Fuente: <<https://dle.rae.es/empresa?m=form>>, última visita: 22 de febrero de 2021.

⁴⁵⁰ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 9.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

Como hemos mencionado a lo largo de este escrito, en el ámbito de las empresas y los derechos humanos se han identificado tres pilares que, a grandes rasgos, corresponden a: (I) la protección (debida por los Estados), (II) el respeto (exigible a las empresas, que deben abstenerse diligentemente de impactar negativamente en el goce y ejercicio de los derechos humanos) y (III) remediar. Las iniciativas que busquen implementar este último pilar pueden ser de diversa índole y complementarias, pudiendo comprender incluso mecanismos no judiciales, aún no estatales. No obstante, ellos no reemplazan ni eliminan el deber de ofrecer acceso a la justicia, según ha expresado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴⁵¹ En tanto el sujeto principal de cualquier análisis sobre actores que persiguen lucro y los derechos humanos son los titulares de estos últimos, es posible identificar algunas consideraciones de aquellos pilares que resulten aplicables frente a las víctimas de abusos no corporativos.

Los tres pilares están interrelacionados y, por ende, únicamente puede identificarse su alcance y ser entendidas sus exigencias si se analizan en conjunto y teniendo en cuenta sus influencias mutuas. Al respecto, surge la pregunta de cuáles derechos deben ser protegidos por ellos de forma sinérgica.

El punto de partida para identificar los derechos protegidos no puede ser otro distinto a la identificación de cuáles son aquellos derechos que los actores económicos tienen la capacidad fáctica de, afectar negativamente en cuanto a su goce y ejercicio.

Al respecto, el propio artífice de los Principios Rectores y anterior relator especial del secretario de las Naciones Unidas sobre la materia, John Ruggie, afirmó que todos los derechos son susceptibles de una afectación negativa que pueda atribuirse a una conducta de autoría o de apoyo que emane de agentes de las empresas.⁴⁵² En consecuencia, se entiende que ellas están llamadas a respetar todos los derechos humanos y abstenerse de afectarles negativamente. Esto supone que las empresas deben obrar con la debida diligencia para identificar y mitigar posibles afectaciones. Dicho esto, es posible que haya casos en los que se genere una responsabilidad empresarial incluso si determinada empresa obra con diligencia, como se enuncia en el punto 17 de los Principios Rectores y se ha identificado en la doctrina y en el proceso en curso de negociación de un tratado sobre empresas y derechos humanos.⁴⁵³

⁴⁵¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 38, 53.

⁴⁵² Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párr. 6, en donde se afirma que “las empresas pueden afectar virtualmente a todos los derechos internacionalmente reconocidos”.

⁴⁵³ OEIGWG Chairmanship second revised draft, “LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES”, del 6 de agosto de 2020, artículo 8.8 (“Human rights due diligence shall not automatically absolve a legal or natural person conducting business activities from liability for causing or contributing to human rights abuses or failing to prevent such abuses by a natural or legal person as laid down in Article 8.7. The court or other competent authority will decide the liability of such entities after an examination of compliance with applicable human rights due diligence standards”); Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, op. cit., pág. 914 (“taking all reasonable steps – that is, satisfying a due diligence standard of conduct – is not, and should not be, sufficient to absolve businesses from accountability for their own adverse human rights impacts”).

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

Además de tener una carga de respeto frente a todos los derechos humanos, como consecuencia de la diligencia debida con que han de actuar los actores económicos tienen cargas tanto de respeto (o abstención) como de acción. Ellos incumplirán con la exigencia de respeto debido y, en consecuencia, se activará el correlativo deber estatal de protección cuando directamente inflijan o pretendan causar daño. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando expongan a campesinos a riesgos de afectaciones graves de salud al encargarles actividades peligrosas sin adoptar las medidas de seguridad laboral exigibles. Empleando términos de derecho penal de forma análoga, puede hablarse incluso en situaciones tales de un dolo eventual, en la medida en que se conozcan los riesgos a la luz de experiencias anteriores.

A nuestro parecer, efectivamente, el emplear a campesinos en condiciones insatisfactorias en términos de salubridad y seguridad conociendo la posibilidad de su padecimiento y daños como consecuencia de las condiciones en las que se les emplea, sin suficiente seguridad laboral u operaciones en zonas que no cuenten con las condiciones adecuadas para atender emergencias relacionadas con las actividades desplegadas, o sin que se permita a los campesinos acceder a ellas para evitar que se conozcan las actividades desplegadas por los actores económicos, resulta contrario a los derechos humanos reconocidos a favor de ellos.

Frente a la anterior coyuntura, cuando tenga advertencia sobre afectaciones a los derechos humanos padecidas por las víctimas en zonas rurales o haya una desidia y falta de esfuerzos por identificar problemáticas padecidas por sus habitantes, su inacción en términos de suficiencia hará que el Estado sea responsable tanto por omitir la adopción de medidas normativas y prácticas de protección (como por ejemplo se prevé en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) como el deber de protección y garantía que le exige prevenir y responder diligentemente frente a abusos. Al respecto, conviene recordar que los Estados están llamados a proteger incluso cuando no han cumplido con su deber de adaptar su derecho interno a las exigencias que les imponen los deberes generales sobre derechos humanos.⁴⁵⁴

En consecuencia, los Estados deben legislar de forma adecuada en la materia. También se les exige implementar las normas que adopten, sin que su existencia formal sea suficiente para considerar que los Estados tienen recursos efectivos, según señala la jurisprudencia de derechos humanos.⁴⁵⁵ Esto supone que han de imponer y regular responsabilidades tanto empresariales como de los actores económicos sin personalidad jurídica para proteger a los campesinos, teniendo en cuenta sus necesidades de protección en su contexto social.

⁴⁵⁴ Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87.

⁴⁵⁵ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 27.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

Adicionalmente, de conformidad con criterios sobre la “especificación” del derecho de los derechos humanos, es importante que todas las normas en cuestión tengan en cuenta riesgos reales, conductas que generen peligro y la protección de individuos y grupos en situación de vulnerabilidad,⁴⁵⁶ como pueden serlo en ciertos contextos los miembros de grupos étnicos en zonas rurales o trabajadores en labores de riesgo que se realicen en ellas. De conformidad con criterios de primacía de la realidad del derecho laboral comparado⁴⁵⁷ y lo identificado en la propia opinión consultiva 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁴⁵⁸ la alegación por parte del Estado o de actores económicos sobre la supuesta ausencia de un contrato laboral escrito no excluye en modo alguno la protección ofrecida por el derecho laboral y por el derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, incluso cuando los actores económicos persigan lucro relacionándose de manera informal con campesinos, estos últimos tienen garantías a su favor.

Siendo exigible el respeto de las empresas y actores económicos frente a todos los derechos, la protección (primer pilar) debida por el Estado frente a las violaciones se extiende a (todos) los mismos derechos.

6. Deberes estatales de protección de los derechos de los campesinos frente a amenazas de actores económicos

Los Estados no están únicamente obligados a prevenir violaciones o abusos empresariales emprendiendo determinadas actividades de forma selectiva, por ejemplo, suministrando elementos indispensables para realizar tratamientos de urgencia frente a padecimientos relacionados con siniestros laborales frecuentes en zonas rurales o inspeccionándolas para luchar contra la explotación de campesinas y campesinos. Esto se debe a que, si bien ellas pueden resultar necesarias e importantes, el deber en cuestión implica el despliegue de *todas* las acciones efectivas de protección disponibles de forma razonable. Esto supone que la diligencia con la que deben comportarse los agentes estatales les exige adoptar “medidas necesarias para prevenir eventuales violaciones” y tener en cuenta las necesidades de los casos concretos. Frente a “una actividad peligrosa [...] el Estado estaba obligado a regular, supervisar y fiscalizar las condiciones de seguridad en el trabajo, con el objeto de prevenir accidentes laborales”.⁴⁵⁹

Adicionalmente, cuando se configure una violación empresarial de cualquier derecho humano internacionalmente protegido en la que participen actores económicos, el Estado está obligado

⁴⁵⁶ Francisco J. Ansuátegui Roig, “La historia de los derechos humanos”, en: Ramón Soriano Díaz et al. (eds.), *Diccionario crítico de los derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, 2000, pág. 76, “El proceso de especificación supone [...] la consideración de la importancia que, a efectos de reconocimiento y ejercicio de derechos, tiene el hecho de que el individuo se encuentre en determinadas situaciones y posiciones particulares y no compartidas con los otros. En realidad el hecho que justifica el proceso de especificación no es que determinados individuos se encuentren en una situación diferente respecto a los demás (esa situación puede ser de ventaja), sino que determinados sujetos estén en una situación de desventaja respecto a los otros, desventaja provocada por la situación en la que se encuentran. En este sentido, se asume como imperativo la resituación o el reposicionamiento de dichos individuos”.

⁴⁵⁷ Ver, por ejemplo, Ricardo Barahona Betancourt, “Principio de la realidad en el ejercicio de la medicina”, *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Vol. 2, 2011.

⁴⁵⁸ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 133, 136-141, 148-157.

⁴⁵⁹ Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 149.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

a garantizar que las víctimas tengan acceso a remedios plenos y adecuados. Esto se ha expresado por la Corte Interamericana y en los Principios Rectores, que en su principio 1 mencionan que “Los Estados [...] deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”.

Una vez se configure una violación empresarial al goce y ejercicio de los derechos humanos, como mínimo, los Estados bajo cuya jurisdicción se cometa tienen la obligación de buscar que las víctimas sean reparadas y tengan garantizado el acceso a la justicia o jurisdicción, sin que puedan excusarse con base en la dificultad de investigar o adoptar medidas por razones de la localización geográfica remota, la informalidad de los actores, la complejidad técnica u otros aspectos. Estas consideraciones son especialmente relevantes en relación con la protección especializada de los derechos de los campesinos.

Es menester indicar al respecto que la existencia de mecanismos alternativos de resolución de diferencias a los que puedan acceder los campesinos no elimina la obligación de garantizar aquel acceso. Como ha explicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en general los recursos no judiciales “should not be seen as a substitute for judicial mechanisms”.⁴⁶⁰ Por esta razón, estimamos que el recurso a estos mecanismos tiene carácter voluntario y, a fin de cumplir con el deber de supervisión a su cargo, se exige la supervisión y fiscalización por parte del Estado de que sus resultados sean conformes con estándares sobre derechos humanos. En caso contrario, incluso podría hablarse de responsabilización del Estado con ocasión de la conducta contraria a los derechos humanos por parte de los entes que realicen, con la autorización del Estado, funciones alternativas de solución de diferencias,⁴⁶¹ que a nuestro parecer revisten naturaleza pública en virtud de su cometido. Por ello, cuando por razones de celeridad los Estados decidan brindar a la disposición de quienes habiten en zonas rurales de tales mecanismos, habrá que tener presentes estas consideraciones. Si se cumple con ellas, el impacto de la disponibilidad en cuestión puede ser ciertamente positivo.

Adicionalmente, los Principios Rectores aluden en su apartado número 31 a requisitos para entender que los mecanismos alternativos cumplen con condiciones de eficacia, legitimidad, accesibilidad, predictibilidad, carácter equitativo, transparencia, compatibilidad con los derechos humanos y aprendizaje continuo.⁴⁶²

A la luz de las anteriores consideraciones, resultará problemática toda situación de inoperancia estatal cuando se constate la existencia de reclamaciones sobre padecimientos de los campesinos que no hayan recibido una respuesta efectiva satisfactoria.

También es pertinente observar que se exige a los Estados buscar eliminar barreras materiales y formales a las reclamaciones de las víctimas directas e indirectas. Ellas pueden afectar seriamente a las poblaciones rurales. Se ha entendido que los Estados deben remover estas

⁴⁶⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 38, 53.

⁴⁶¹ Comisión de Derecho Internacional, “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, Yearbook of the International Law Commission, 2001, artículo 5.

⁴⁶² Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, principio 31 junto a su comentario, que menciona criterios de eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales que “sirven como punto de referencia para diseñar, modificar o evaluar un mecanismo de reclamación extrajudicial a fin de garantizar su eficacia práctica”.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

barreras, según se desprende de desarrollos en el ámbito de las empresas y los derechos humanos y principios aplicables.⁴⁶³ Adicionalmente, cuando se configuren afectaciones graves, los Estados deben actuar diligentemente para cumplir con un deber jurídico propio,⁴⁶⁴ cuyo cumplimiento no depende de la iniciativa de las víctimas. Ellas, en muchas ocasiones, se ven desanimadas a acudir a la justicia ante su carencia de recursos o el desánimo generado por la percepción de subordinación reflejado en sus relaciones asimétricas con quienes les emplean, que quizás inciden en una mayor capacidad de defensa jurídica. Además, puede haber una percepción (fundada o no) de la existencia de dificultades para acceder u obtener justicia, que se acrecienta cuando existan obstáculos o barreras formales o prácticas para que puedan ejercer plenamente y en condiciones de igualdad su defensa. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado las siguientes ideas:

“Entre otros obstáculos al acceso efectivo a recursos para las víctimas de violaciones de los derechos humanos por entidades empresariales cabe citar la dificultad para acceder a información y pruebas con que fundamentar las reclamaciones, que en gran medida suelen estar en manos de la empresa demandada; la falta de mecanismos de reparación colectiva en los casos en que las violaciones son generalizadas y difusas; y la falta de asistencia letrada y otros arreglos de financiación para que las reclamaciones sean económicamente viables [...] Las víctimas de vulneraciones cometidas por empresas transnacionales se enfrentan a obstáculos específicos para acceder a recursos efectivos [...] Los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias para abordar esos desafíos con el fin de impedir la denegación de justicia y asegurar el derecho a un recurso efectivo y a reparación. Ello requiere que los Estados partes eliminen los obstáculos sustantivos, procesales y prácticos a los recursos”.⁴⁶⁵

Por otra parte, es posible preguntarse si la lejanía de una zona en la que se presentan violaciones atribuibles a actores económicos (empresariales o no), por ejemplo, de forma sistemática o generalizada,⁴⁶⁶ tiene un impacto en el alcance de los deberes estatales.

⁴⁶³ Surya Deva, “The Draft is “Negotiation-Ready”, but are States Ready?”, *Opinio Juris*, 8 de septiembre de 2020; Carlos López, “The Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: A Big Leap Forward”, *Opinio Juris*, 15 de agosto de 2019; OEIGWG Chairmanship second revised draft, “LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES”, del 6 de agosto de 2020, artículo 7.4.

⁴⁶⁴ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 289.

⁴⁶⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 42-44.

⁴⁶⁶ El derecho internacional alude a las violaciones generalizadas o sistemáticas en diversas normas, para indicar su especial repudio a las mismas, como se observa en el artículo 7 del Estatuto de Roma o en la alusión a la preocupación especial que generan violaciones sistemáticas o una sensación de victimización generalizada en: Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 149.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

Al respecto, es pertinente mencionar que la soberanía en el derecho internacional alude a competencias sujetas a un marco de legalidad,⁴⁶⁷ que conlleva a su vez cargas y responsabilidades. Entre ellas, se incluyen deberes estatales de prevención de hechos ilícitos en espacios bajo su jurisdicción. Esto se ha mencionado, por ejemplo, por la Corte Internacional de Justicia en el caso del Estrecho de Corfú.⁴⁶⁸

En consecuencia, la falta de suficiente presencia estatal, que en no pocas ocasiones es un problema experimentado en diversas regiones, lejos de constituir una (inexistente) causal de exclusión de ilicitud (no mencionada en los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos),⁴⁶⁹ refleja el incumplimiento de deberes a cargo del Estado demandado.

Más aún, si un actor no estatal reemplaza al Estado ausente, su conducta puede atribuirse al mismo cuando sea contraria a los deberes a cargo de aquel Estado.⁴⁷⁰

Adicionalmente, es inadmisibles sostener que la presencia de eventuales ofrecimientos de conciliación o reparación ofrecida por iniciativa de los actores económicos involucrados en abusos haga inoperante o elimine la (siempre indispensable) posibilidad de acceder a la justicia.

A nuestro entender, la anterior exigencia se desprende, por una parte, de las garantías procesales y de recurso efectivo de protección que tienen los seres humanos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, según se observa en los artículos 8 (sobre el derecho de toda persona “a ser oída [...] por un juez o tribunal competente [...] para la determinación de sus derechos”) y 25 (sobre un “recurso rápido y efectivo” de amparo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de su artículo 1.1, que exige protección frente a violaciones no estatales en virtud del deber estatal positivo de garantía.

Adicionalmente, obedece al hecho de que el Estado debe velar por la reparación completa o integral de las víctimas directas e indirectas y ha de adoptar garantías de no repetición, según se confirma en la jurisprudencia de la Corte y se menciona en textos sobre principios sobre reparación de víctimas de violaciones de derechos humanos adoptados en el seno de las

⁴⁶⁷ Vid. Georg Nolte, “Sovereignty as Responsibility?”, en: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 99, 2005, pág. 389.

⁴⁶⁸ Corte Internacional de Justicia, caso Corfu Channel, Sentencia del 9 de abril, 1949, ICJ Reports 1949, pág. 22, en donde se menciona “every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States”. Hoy día se debe entender la anterior afirmación como complementada por el deber de impedir, también, afectaciones contrarias a estándares internacionales que impacten negativamente en el medio ambiente o en los derechos de terceros, incluidos los seres humanos. Ver, por ejemplo: Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23 párrs. 127-131.

⁴⁶⁹ Ver: Comisión de Derecho Internacional, “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, artículos 20 a 27.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, artículo 9 (“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority”).

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

Naciones Unidas que identifican claramente su aplicación frente a violaciones en las que participen actores no estatales.⁴⁷¹

Habiendo clarificado que los Estados tienen deberes previos y posteriores a la comisión de (potenciales) violaciones atribuibles a los actores económicos, explicaremos a continuación por qué la diligencia exigible para su cumplimiento puede intensificarse o acentuarse en virtud de los graves riesgos relacionados con la peligrosidad de la dinámica de las actividades en las que se vean involucrados campesinos y de la vulnerabilidad de las víctimas directas e indirectas.

6. La intensificación del deber de garantía o protección del Estado en sus dimensiones preventiva y de respuesta en casos de vulnerabilidad y actividades de alto riesgo

En su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos de supervisión ya han sostenido que existen situaciones en las cuales los Estados en cuya jurisdicción se presentan amenazas al goce y ejercicio de los derechos humanos, con independencia de la identidad de los actores que las generen, tiene una “posición especial de garante” que, en relación con las violaciones previsibles (no necesariamente previstas en cada caso concreto) atribuibles a particulares, les obliga a actuar con debida diligencia para prevenir y responder a las mismas; y que los Estados tienen una posición de garante. Si bien en el sistema interamericano se ha hablado de la misma con frecuencia frente a los detenidos u otras personas bajo su custodia o cuidado (por ejemplo, en centros de salud), además de aludirse a deberes especiales de protección de víctimas de violencia doméstica,⁴⁷² también se ha hecho referencia a las “medidas especiales para la protección de los niños” que deben adoptar los Estados.⁴⁷³ Existen elementos que permiten considerar que el rol de garante puede existir en múltiples circunstancias, ante casos de vulnerabilidad y expectativas de protección reforzada. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando se presenten situaciones de explotación en zonas rurales. Cuando existan múltiples vulneraciones con características de gravedad, en términos de sistematicidad u otras condiciones, es menester que exista una acción decisiva protectora, fiscalizadora y tendiente a la no repetición que sea proporcional a ellas.

Cuando se tiene un rol de garante, se exige al actor en cuestión que adopte medidas especiales de protección según las circunstancias y expectativas. Ellas incluyen la identificación de medidas que han de adoptarse cuando existan operaciones en zonas rurales en las que haya desprotección histórica o patrones de vulneraciones. Ello obedece al hecho de que existe una

⁴⁷¹ Theo van Boven, “Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2010, págs. 3-4; Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 236.

⁴⁷² Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 139-140; fuentes mencionadas en: Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors*, op. cit., pág. 19, pie de página 47 en aquel texto.

⁴⁷³ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 146; Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 51.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

especial protección debida a quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad y reconocimiento especializado de derechos, incluyendo a trabajadores campesinos ocupados en actividades altamente peligrosas y/o en situación de informalidad o carencia de inspecciones y acceso a medidas de seguridad que tengan en cuenta sus múltiples necesidades, según se apunta en un informe de fondo de la Comisión Interamericana.⁴⁷⁴

Resulta llamativo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estime que pueden existir obligaciones estatales “reforzadas frente a actores privados que realizan actividades de especial riesgo”⁴⁷⁵. En el ámbito de labores desplegadas por campesinos, entre los posibles riesgos se incluyen diversos factores, como el alusivo a que quienes les empleen no adopten las medidas laborales de protección y salud exigibles ni reconozcan los vínculos jurídicos entre ellos; las condiciones en las que vivan los integrantes de comunidades indígenas en zonas rurales; la explotación infantil y una situación de derechos insatisfechos de personas con discapacidad, entre otros.

Al respecto, es pertinente mencionar que el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que los Estados tienen la obligación de tomar medidas de supervisión, vigilancia e inspección para evitar la grave afectación de los derechos de niñas y niños en términos de explotación, que les exige entre otras adoptar “salvaguardias que protejan a los niños de la explotación económica y de trabajos que sean peligrosos, interfieran en su educación o afecten a su salud o a su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.⁴⁷⁶ La Convención de los Derechos del Niño, por su parte, exige en su artículo 4 que los Estados adopten todas las medidas requeridas para hacer efectivo el goce de los derechos de las niñas y los niños, “hasta el máximo de los recursos de que dispongan” en relación con sus derechos económicos, sociales y culturales.

Estimamos que un análisis comparado de la jurisprudencia regional sobre derechos humanos permite concluir que aspectos como el reconocimiento de la discriminación indirecta y las situaciones sospechosas⁴⁷⁷ constituyen una manifestación de la necesidad de escudriñar con especial atención situaciones de ausencia de protección formal y asimetría en las relaciones entre particulares. Además, cabe recordar que algunos desarrollos del derecho de los derechos humanos han puesto de relieve la importancia de contar con una especialización que permita ofrecer protección adecuada y específica a favor de quienes se encuentren en una especial situación de riesgo o vulnerabilidad, con el propósito de salvaguardar con más efectividad sus derechos humanos frente a distintos tipos de amenazas. El *corpus iuris* de las empresas y los derechos humanos, que constituye en sí mismo una manifestación de esta especialidad, no es ajeno a la anterior sensibilidad, como se observa en el informe de 2019 de la CIDH sobre la materia. En él se tienen en cuenta “impactos diferenciados sobre poblaciones en situación de vulnerabilidad en el ámbito de empresas y derechos humanos en la región”, entre las que se mencionan a los pueblos indígenas. En concreto, también se alude a la importancia de

⁴⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 64/18 (Fondo), Caso N° 12.738, Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) Vs. Honduras, párr. 272.

⁴⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 64/18 (Fondo), Caso N° 12.738, Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) Vs. Honduras, párr. 198.

⁴⁷⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, párrs. 34, 37, 52.

⁴⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de Oršuš and other Vs. Croacia, Sentencia del 16 de marzo de 2010, párrs. 149-150; Comisión Europea, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, 2005, pág. 14.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

identificar impactos frente a campesinos, en relación con quienes ha de tenerse presente su especial relación con la tierra, que puede verse afectada por operaciones extractivas.⁴⁷⁸ Adicionalmente, la Corte ha mencionado que los Estados deben otorgar una “protección especial” a quienes se encuentren en una “situación de vulnerabilidad”, y que están obligados a “adoptar medidas positivas” a favor de las personas con discapacidad.⁴⁷⁹

Como ejemplo de cómo la identificación de situaciones que generen preocupación frente a la garantía de los derechos humanos exige una atención especializada podemos mencionar la realidad de la informalidad laboral, que resulta bastante pronunciada en la región americana en general.⁴⁸⁰ Frente a la misma, se exige identificar la vulnerabilidad y necesidades de protección de la población que se encuentre en ella.

Este tipo de examen puede llevar a la identificación de la obligatoriedad de adoptar medidas de protección más exigentes que las ordinarias. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en este sentido que existen situaciones en las cuales la diligencia con la cual deben obrar los Estados para cumplir con el deber de garantía de los derechos humanos a su cargo se “acentúa” o intensifica. En la sentencia en el caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia se explicó, por ejemplo, que mientras persistan determinadas situaciones de riesgo (ej. riesgo creado por el Estado, que, a mi parecer, como explicaré, no es la única situación en la cual la doctrina resulta aplicable) se:

“[A]centúa[n] los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos [no estatales que amenacen los derechos], así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil”.⁴⁸¹

Lo anterior supone que, de no obrar con una diligencia aún mayor que la ordinariamente exigible (a la luz de los recursos disponibles, la previsibilidad de las amenazas y otros factores), los Estados cuyo deber de diligencia se haya acentuado incumplirán con la obligación de garantía a su cargo y, en consecuencia, se generará su responsabilidad internacional, en tanto se verificará la atribución de un deber jurídicamente exigible a ellos. En el caso de la Masacre

⁴⁷⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párrs 218, 322, 340 y siguientes, en especial 349 y 350.

⁴⁷⁹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103.

⁴⁸⁰ En el ámbito de la OIT, por ejemplo, se ha dicho que “En América Latina y el Caribe hay al menos 140 millones de personas trabajando en condiciones de informalidad, lo que representa alrededor de 50% de los trabajadores” (fuente: <<https://www.ilo.org/americas/temas/econom%C3%ADa-informal/lang--es/index.htm>>, última visita: 24 de febrero de 2021); “el empleo informal [...] comprende más de la mitad del empleo no agrícola [...] en la mayoría de países en desarrollo [...] 51 por ciento en América Latina” (Organización Internacional del Trabajo, *La medición de la informalidad: Manual estadístico sobre el sector informal y el empleo informal*, 2013, pág. 4); Organización Internacional del Trabajo, *La economía informal en Centroamérica y República Dominicana: desarrollo subregional y estudios de caso*, 2013, pág. 47 (“el 61.5% de la población ocupada no agrícola tiene un empleo informal (9.3 millones). De ellos, el país que parece tener mayor incidencia de empleo informal es Guatemala (77%), luego le siguen Nicaragua (75%), Honduras (72%), el Salvador (66%), República Dominicana (48%), Panamá (43%) y Costa Rica (36%) -ver cuadro 3-. Asimismo, el 71.6% del empleo informal se genera en el sector informal, la fuente más obvia de informalidad. Los países donde el empleo informal proviene fundamentalmente de este sector son Honduras (80.9%)”).

⁴⁸¹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 126.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

de Pueblo Bello vs. Colombia la Corte, en la medida en que debía resolver un caso concreto, identificó a nuestro criterio tan sólo uno de los supuestos en los cuales puede identificarse una situación agravada que intensifique los deberes estatales de garantía.

Aparte de la anterior hipótesis, en la decisión de la Corte en el caso del Campo Algodonero contra México puede inferirse, a nuestro entender, que cuando existan violaciones graves igualmente se intensifica o se hace más estricto el deber de garantía a cargo del Estado. Al respecto, es reveladora la opinión de la Corte de que, ante un contexto de sistematicidad, generalización y/o gravedad es pertinente sostener que:

“[E]l Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda”⁴⁸².

En consecuencia, entre los factores que colocan al Estado en una especial posición de garante podría incluirse la vulnerabilidad de comunidades campesinas aisladas geográficamente en relación con cuyos integrantes exista explotación por parte de actores económicos que les ocupan (libre o forzadamente) en actividades altamente peligrosas. Ello puede comportar riesgos relativos a la causación de discapacidades y muerte; o afectaciones contra niños que trabajen o tengan familiares victimizados de forma directa, contraviniéndose así la especial protección a la que tienen derecho.

Existen consideraciones del *corpus iuris* de las empresas y los derechos humanos que permiten apoyar nuestros argumentos sobre la intensificación de la diligencia estatal de protección debida. Por ejemplo, en el marco del análisis del Pacto Mundial o Pacto Global, se ha dicho que la posibilidad o el riesgo de que exista complicidad empresarial en violaciones se acrecienta en la medida en que haya una mayor proximidad a las zonas o situaciones de riesgo de impacto negativo relacionado con las actividades empresariales. Al respecto, se ha dicho que:

“[C]ompanies should also consider the proximity of the company to the human rights abuses in question. It is often possible to determine if the pattern of human rights violations in the country is going to intersect with some aspect of the firm’s operations. For example, if the human rights abuses are located in a specific province or region of the country and that is where the firm is, or would be, located, then this is cause for concern. In addition to a geographic intersection, there could be an intersection based on the industry itself: if the firm is producing dual use products, and these types of products have been known to significantly aid in the violation of human rights, then this would also be a cause for concern. Either through a geographic or industry intersection with human rights abuses, the firm

⁴⁸² Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 283.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

could find itself involved in human rights abuses to a degree that constitutes complicity”⁴⁸³.

La anterior consideración confirma que los entes que participen en actividades de lucro pueden verse involucrados en violaciones a los derechos humanos cuando participen en actividades que contribuyan a la afectación del goce y ejercicio de los derechos humanos o actúen en zonas donde se verifican violaciones a las mismas de forma sistemática o generalizada (entre otras posibilidades). Si esto se verifica, se les exige actuar con especial cuidado para evitar verse involucradas en violaciones como cómplices, autores o partícipes en otras modalidades frente a las vulneraciones en cuestión.

Si bien en su opinión consultiva 14 la Corte Interamericana de Derechos Humanos distinguió de forma adecuada entre la posible generación responsabilidad estatal y no estatal (como la individual) en relación con una misma violación, en ella se reconoce a su vez que las dos categorías de actores pueden tener obligaciones y responsabilidades frente a una misma situación fáctica. Según aquel pronunciamiento, “[t]oda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es [...] responsabilidad de éste [...] Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual”⁴⁸⁴.

Adicionalmente, es pertinente mencionar que, según se ha dicho en el marco de la OCDE en el marco de las relaciones laborales, las empresas deben “aplicar las reglamentaciones y las normas [...] para reducir los riesgos de accidentes y enfermedades que surjan o se produzcan durante el empleo o se relacionen con el trabajo”. Además, están llamadas a evitar afectaciones “en materia de sanidad y seguridad” incluso cuando haya deficiencias en las “reglamentaciones vigentes en los países en que operan”⁴⁸⁵ (las cuales revelan, a nuestro parecer, un incumplimiento estatal de su deber de garantía y adaptación del derecho interno a las exigencias internacionales).

Pues bien, cuando existan riesgos, patrones generalizados y conocimiento de graves riesgos al goce y ejercicio de los derechos humanos en relación con determinadas actividades económicas sin suficientes condiciones y medidas de seguridad, especialmente cuando en ellas participen como trabajadores (informales o no) integrantes de comunidades campesinas que se beneficien de medidas especiales de protección, se presenta una previsibilidad de su continuación y en consecuencia se deben implementar medidas especiales de protección.⁴⁸⁶

Es importante aclarar que la regulación interna o internacional de deberes de las empresas no constituye un prerrequisito para considerar que los Estados tienen deberes de protección frente a las violaciones de aquellos entes. Por ello, no sería una objeción adecuada decir que no hay una responsabilización directa de los actores económicos en el derecho internacional.

⁴⁸³ Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Embedding Human Rights into Business Practice*, Naciones Unidas, 2004, p. 22.

⁴⁸⁴ Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 56.

⁴⁸⁵ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, tras su revisión de 2011, pág. 44.

⁴⁸⁶ Según los peticionarios en un caso presentado ante la CIDH, “Los miskitos en Honduras, en su mayoría habitan en el Departamento de Gracias a Dios, región conocida como la Mosquitia hondureña, una de las zonas más marginadas de Honduras y aislada geográficamente, en donde las condiciones de vida y de salud son las más precarias”. Fuente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 121/09, Petición 1186-04, Admisibilidad, Opario Lemoth Morris y otros (buzos Miskitos) Vs. Honduras, 12 de noviembre de 2009.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

Efectivamente, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos señalan que los Estados deben proteger a los seres humanos frente a las violaciones de los derechos humanos que en su jurisdicción cometan terceros, entre los que se incluyen (no exclusivamente) “las empresas” (lo que refuerza la idea de que hay deberes frente a actores y grupos económicos sin personalidad jurídica), para lo cual “deben adoptar las medidas apropiadas” de protección.

Adicionalmente, al igual que existen expectativas protección estatal especial en zonas de conflicto en las que operen las empresas, según se contempla en el principio 7 de los Principios Rectores, de forma análoga puede hablarse de razones por las que cabe identificar la existencia de deberes especiales en zonas con generalidad o sistematicidad de afectaciones y vulnerabilidad en relación con determinadas actividades económicas. Después de todo, los Principios Rectores no agotan el *corpus iuris*, y la alusión a las zonas de conflicto se refiere a un escenario en el que hay deberes especiales como consecuencia de la exposición incrementada a riesgos. Cuando hay generalidad, gravedad y sistematicidad, igualmente hay un aumento de la posibilidad de que se sufran violaciones, especialmente debido al efecto generado por espacios de impunidad⁴⁸⁷ y desprotección. También puede ser pertinente el criterio *pro personae* a efectos de optar por la interpretación de las normas aplicables de la forma más conducente a una protección más amplia y efectiva de los derechos humanos,⁴⁸⁸ según confirman los criterios del efecto útil e interpretación teleológica,⁴⁸⁹ a los que acertadamente ya ha recurrido la Corte en otros casos.

7. Consideraciones sobre la lejanía y dificultad de acceso a zonas rurales

A nuestro parecer, no cabría argumentar que el umbral de la diligencia requerida para cumplir con el deber estatal de garantía se pueda “suavizar” por aspectos tales como la lejanía geográfica de la zona en la que se realizan las actividades como consecuencia de las cuales se afecten derechos de los campesinos ni por el hecho de que haya transcurrido determinado lapso de tiempo o exista una supuesta aquiescencia y aceptación de las condiciones en las que se desarrollaban las actividades por parte de ellos.

Una concepción voluntarista al extremo de las relaciones contractuales entre particulares ignora el hecho de que existen situaciones en las cuales, para poder subsistir y obtener al menos algunos ingresos, las poblaciones vulnerables se ven forzadas por las circunstancias en ocasiones a realizar ciertas actividades altamente peligrosas de las que se lucran actores que las explotan. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si debido a amenazas o a nuevas dinámicas económicas de actores influyentes se pierde acceso a actividades tradicionales que permitan obtener un ingreso digno. En estas circunstancias, difícilmente puede hablarse de una libertad de elección efectiva y real. El derecho internacional de los derechos humanos, emulando consideraciones del derecho laboral, debe ir más allá de los formalismos del derecho privado interno y examinar el trasfondo de las cuestiones, teniendo en cuenta las realidades de relaciones asimétricas e incluso abusivas. Por ello, así como en derecho privado los contratos

⁴⁸⁷ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 43.

⁴⁸⁸ Ver, por ejemplo: Zlata Drnas de Clément, “La complejidad del principio pro homine”, Jurisprudencia argentina, Fascículo 12, 2015.

⁴⁸⁹ Constanza Núñez, “Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica”, Materiales de filosofía del derecho, Núm. 02, 2017, págs. 7-8, 18-19, 22-23.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

por adhesión son en ocasiones examinados con lupa, no es procedente desechar la responsabilidad estatal y no estatal bajo argumentos de la aceptación de los buzos de trabajar en las condiciones en que eran empleados *de facto*.

Cuando las zonas rurales sean considerablemente remotas frente a determinados centros urbanos o lugares con (más) presencia estatal, estimamos que resulta pertinente considerar la afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que “las condiciones [de un] país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado [...] de sus obligaciones”.⁴⁹⁰ Decir lo contrario equivaldría a perpetuar una situación inaceptable. Precisamente, hace falta presencia efectiva del Estado, cuyo despliegue ha de ser asumido como un “deber jurídico propio”,⁴⁹¹ en condiciones que tengan en cuenta la gravedad de los riesgos existentes para la población en cuestión y ofrezcan posibilidades de protección efectiva y no meramente retórica. Por esta razón, la falta de adopción de medidas con perspectivas de protección efectiva generaría responsabilidad internacional de los Estados.⁴⁹²

De conformidad con lo expuesto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en tanto los Estados deben adoptar “medidas preventivas adecuadas” frente a amenazas “razonablemente previsibles”, cuando existan “situaciones de peligro para la vida” que puedan preverse, las omisiones estatales pueden generar responsabilidad tanto cuando se presentan muertes como cuando “esas amenazas y situaciones no dan lugar a la pérdida de vidas”.⁴⁹³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido en cuenta si los Estados toleraban, conocían o debían conocer la existencia de riesgos generados por particulares. Así, por ejemplo, ha tenido en cuenta si “les autorités savaient ou auaient dû savoir que ce risque provenait probablement des activités de personnes ou de groupes agissant au su ou avec l'assentiment d'agents des forces de l'ordre”.⁴⁹⁴

El hecho de que un Estado haya tolerado por muchos años situaciones problemáticas que afecten a poblaciones campesinas, incluso, debe hacer pensar si es acaso aplicable la consideración de la figura de la aquiescencia o tolerancia prolongada de violaciones no estatales en la jurisdicción de un Estado que permita configurar una atribución al Estado de la conducta de los particulares involucrados como reconocida (implícitamente) por el mismo, lo que supondría una infracción del deber de respeto.

Al respecto, es pertinente lo mencionado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe temático de 2019 sobre “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, en el sentido según el cual:

⁴⁹⁰ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 146.

⁴⁹¹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 144.

⁴⁹² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado, por ejemplo, que “a failure to take reasonable measures which could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm is sufficient to engage the responsibility of the State”. Fuente: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso de Opuz Vs. Turquía, Sentencia del 9 de junio de 2009, párr. 136.

⁴⁹³ Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 36, Artículo 6: derecho a la vida, CCPR/C/GC/36, 3 de septiembre de 2019, párrs. 7, 21.

⁴⁹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso de Akkoç Vs. Turquía, Sentencia del 10 de octubre del 2000, párr. 83.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

“[L]a aquiescencia generaría un nivel de responsabilidad más directo que aquel derivado del análisis del riesgo, por cuanto aquél comporta un consentimiento del Estado al accionar del particular, sea por la inacción deliberada o por su propio accionar al haber generado las condiciones que permitan que el hecho sea ejecutado por los particulares”. Asimismo, la Corte IDH ha indicado que “para fincar responsabilidad estatal por transgresión al deber de respeto en relación con el actuar de terceros, no basta con una situación general de contexto de colaboración y de aquiescencia, sino que es necesario que en el caso concreto se desprenda la aquiescencia o colaboración estatal en las circunstancias propias del mismo”. En ese marco, para la Comisión y su Relatoría Especial, profundizar en la doctrina de la complicidad permitiría avanzar en el análisis de la responsabilidad directa del Estado por la asistencia que este presta, sea mediante acciones u omisiones, en este caso a empresas, en situaciones que impliquen violaciones a los derechos humanos. Para ello resulta importante analizar, por ejemplo, las situaciones de estrecha conexión o el nivel de amparo, protección, coordinación, permisibilidad, tolerancia, inacción o auspicio que las empresas transgresoras poseen por parte de los aparatos gubernamentales en el marco de los abusos cometidos [...] para evaluar la contribución a violaciones de derechos humanos se debe observar si la conducta habilita su ocurrencia, la exacerba o empeora, o la facilita. Además, los elementos de conocimiento y previsibilidad serían factores a tener en cuenta en la conducta cómplice”.⁴⁹⁵

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, también ha señalado que la aquiescencia de los Estados frente a violaciones no estatales genera la responsabilidad internacional de aquel, en los siguientes términos: “the acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage the State's responsibility under the Convention”⁴⁹⁶.

8. Responsabilización interna de las empresas y otros actores económicos que irrespetan derechos humanos o no actúan con la debida diligencia para prevenir impactos negativos que emanen de riesgos creados por ellas o de la conducta de terceros con quienes tengan relaciones de suministro u otra índole

Desarrollos recientes en materia de empresas y derechos humanos señalan que los actores económicos deberían ser obligados por parte de los derechos estatales a obrar con debida diligencia y a respetar los derechos humanos. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que, frente a la posibilidad de violaciones empresariales, los Estados tienen una obligación positiva de:

“[A]doptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los

⁴⁹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párrs. 75-76. Ver también: Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 145.

⁴⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso de Ilaşcu y otros Vs. Moldavia y Rusia, Sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 318.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

riesgos de vulneración de derechos [...] La obligación de proteger a veces necesita una regulación e intervención directas”⁴⁹⁷.

Si bien se tratan conjuntamente en algunas disposiciones, las categorías de responsabilidades empresariales, a saber, de respeto y debida diligencia, no son idénticas. Esto ha sido explicado por estudiosos sobre la materia, como Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale. Al respecto, además de tener el deber de abstenerse de generar impactos negativos, que constituye una obligación de abstenerse de afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos, las empresas (u otros actores económicos, añadimos) también deben desplegar esfuerzos para procurar evitar que terceros con quienes se relacionen los afecten negativamente (deber que llamamos diligencia *stricto sensu*).⁴⁹⁸ En otras palabras, es posible decir que las empresas tienen un deber de respeto y otro de diligencia.

La identificación de la necesidad de que exista una exigencia interna de respeto y diligencia en materia de derechos humanos frente a los actores económicos, a su vez, se puede constatar con la lectura de propuestas normativas en los borradores sobre la negociación de un tratado vinculante sobre la materia⁴⁹⁹ y de las recomendaciones formuladas por la CIDH en su informe sobre “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”. En este informe se recomienda a los Estados:

“Adoptar legislación que imponga disposiciones vinculantes sobre el deber de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos tomando en cuenta las variables del tamaño de la empresa, el grado de riesgo de la industria sobre los derechos humanos, la

⁴⁹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 16, 19.

⁴⁹⁸ Jonathan Bonnitcha y Robert Mc Corquodale, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017, págs. 909-915, 919 (“responsibility for its own adverse human rights impacts and its responsibility for the human rights impacts of third parties with which it has business relationships. The former is a strict – or no fault – responsibility; the latter responsibility requires that the business satisfy a due diligence standard of conduct”).

⁴⁹⁹ En el segundo borrador del instrumento vinculante, circulado en el año 2020, se dice, por ejemplo, lo siguiente: artículo 6.2 “State Parties shall require business enterprises, to undertake human rights due diligence proportionate to their size, risk of severe human rights impacts and the nature and context of their operations [...] State Parties shall ensure that human rights due diligence measures undertaken by business enterprises under Article 6.2 shall include [...] State Parties shall ensure that effective national procedures are in place to ensure compliance with the obligations laid down under this Article [...] Failure to comply with the duties laid down under Articles 6.2 and 6.3 shall result in commensurate sanctions, including corrective action where applicable, without prejudice to the provisions on criminal, civil and administrative liability under Article 8 [...] State Parties shall act to protect these policies from the influence of commercial and other vested interests of business enterprises”; artículo 8 “State Parties shall ensure that their domestic law provides for a comprehensive and adequate system of legal liability of legal and natural persons conducting business activities, domiciled or operating within their territory or jurisdiction, or otherwise under their control, for human rights abuses that may arise from their own business activities”. Fuente: OEIGWG Chairmanship second revised draft, “LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES”, del 6 de agosto de 2020. En la primera revisión al borrador del tratado, las menciones a la diligencia empresarial debida se encontraban en el artículo 5 (titulado “Prevention”). Fuente: LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, del 16 de julio de 2019.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

vulnerabilidad de las poblaciones afectadas o en riesgo, entre otros, con el objeto de que las empresas identifiquen y prevengan violaciones a los derechos humanos que puedan producir sus actividades y relaciones comerciales, y en su caso, mitiguen los impactos negativos y reparen las violaciones cuando se hayan producido. Dicha legislación deberá incluir lineamientos operativos mínimos sobre la manera en que las empresas deberán realizar evaluaciones de impacto en derechos humanos a lo largo de su cadena de suministro y estructura corporativa, inclusive de alcance transnacional, así como los mecanismos de transparencia, participación y fiscalización”⁵⁰⁰.

La regulación de deberes empresariales claros en términos de derecho positivo que tenga en cuenta exigencias de derechos humanos permite llenar vacíos y empoderar a las víctimas y sus defensores, ofreciendo un elemento vinculante que puede ser invocado, recordando a los Estados su deber de actuar con diligencia a la luz de un deber jurídico propio, y potencialmente modificando la percepción y cultura empresarial, cuyo ajuste constituye un factor crucial para incrementar la defensa de los derechos humanos, según el propio Ruggie.⁵⁰¹

En este sentido, su regulación y reconocimiento expresos indicarían a las mismas empresas y a otros actores económicos que tienen deberes jurídicos; podrían impactar la percepción de relaciones sociales (generando posibles efectos expresivos que las transformen, minimizando posibilidades de repetición tras su internalización), y empoderarían a las víctimas y a las defensoras y defensores de derechos humanos.⁵⁰² Es importante tener en cuenta que en su jurisprudencia en materia de reparaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha indicado a los Estados deberes de adoptar regulaciones y ajustar sus ordenamientos jurídicos en diversas maneras, entre las que se incluyen la adopción de normas que sancionen determinadas conductas que atentan contra los derechos humanos. Al respecto, en palabras de la profesora María Carmelina Londoño Lázaro, entre las medidas concernientes a garantías de no repetición ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentran:

“[Ó]rdenes de adopción de leyes especialmente destinadas a tipificar delitos que atentan gravemente contra los derechos humanos: tipificación del delito de desaparición forzada de personas y tipificación del delito de venta de niñas y niños. En un segundo grupo se encuentran leyes que implican la regulación o gestión de funciones públicas”.⁵⁰³

Asimismo, es pertinente tener en cuenta el hecho de que los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de

⁵⁰⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, p. 202.

⁵⁰¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párrs. 27, 29-32, 105.

⁵⁰² Nicolás Carrillo Santarelli y Carlos Arévalo Narváez, “The Discursive Use and Development of the Guiding Principles on Business and Human Rights in Latin America”, *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, Núm. 30, 2017; Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors*, *op. cit.*, págs. 7, 18, 53, 124, 188, 211.

⁵⁰³ María Carmelina Londoño Lázaro, “Impactos estructurales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada a propósito de sus 40 años”, en: Armin von Bogdandy et al. (eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2019, págs. 523-524.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (por ejemplo, al recordar que el Estado puede repetir contra los actores agentes de violaciones cuando haya reparado previamente a las víctimas)⁵⁰⁴ mencionan que entre las garantías de no repetición que pueden contribuir a la prevención de abusos similares o su recurrencia se encuentra:

“h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan”.

Puede decirse que la ausencia de normas que permitan ofrecer una protección robusta y mínima a los derechos humanos frente a actividades de actores económicos que atenten contra ellos constituye una omisión que “las permite”. En consecuencia, el derecho interno ha de procurar por eliminar tal carencia. Una forma de hacerlo consiste en la exigencia jurídica interna de responsabilidades a las empresas, según se pone de manifiesto en el borrador de tratado sobre empresas y derechos humanos en sus distintas versiones.⁵⁰⁵

En la medida en la que, de conformidad con las exigencias del principio de legalidad, para poder responsabilizar jurídicamente a un ente se exige la previa existencia de obligaciones contravenidas impuestas al mismo,⁵⁰⁶ se colige que un factor que puede contribuir a la no repetición de violaciones o abusos atribuibles a las empresas consiste en la previa introducción de obligaciones a su cargo, en tanto esta regulación ofrecerá un incentivo en términos del deseo de evitar las consecuencias de la responsabilidad (dinámica de “cumplimiento” o *compliance*),⁵⁰⁷ además de uno positivo en términos de la posible transformación cultural generada por la influencia del ejemplo social que en consecuencia se generará (dinámicas de aculturación y socialización)⁵⁰⁸ y de percepción de legitimidad de los deberes en cuestión (dinámica de “obediencia” u *obedience*).⁵⁰⁹

Adicionalmente, cabe mencionar que el principio rector 1 de los Principios Rectores menciona que los Estados deben tomar medidas adecuadas “para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos” mediante actividades que incluyen la “reglamentación y [el] sometimiento a la justicia”. La adopción de exigencias de respeto y debida diligencia en las actividades que

⁵⁰⁴ Párrafo 15 de los Principios y directrices básicos mencionados en el cuerpo del texto principal correspondiente a este pie de página.

⁵⁰⁵ Vid. Artículos 6.6 y 8 de la segunda revisión al borrador del 6 de agosto de 2020, artículo 6 de la primera revisión al borrador, publicado el 16 de julio de 2019, y artículo 10 del llamado borrador cero o “draft zero” del 16 de julio de 2018 (LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES).

⁵⁰⁶ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2006 pág. 170; Comisión de Derecho Internacional, “Draft articles on the responsibility of international organizations”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, artículos 3 a 5; artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1966.

⁵⁰⁷ Harold H. Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997, pág. 2601.

⁵⁰⁸ Ryan Goodman y Derek Jinks, “Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pág. 726; David Capie, “Influencing Armed Groups: Are there Lessons to Be Drawn from Socialization Literature?”, en: Geneva Call, *Exploring Criteria and Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law and Human Rights Law*, UNIDIR, 2007, págs. 87-89.

⁵⁰⁹ Harold H. Koh, op. cit., pág. 2601.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

afecten a las poblaciones campesinas constituye una forma (no suficiente ni exhaustiva, pero necesaria) para cumplir con la anterior exigencia.

La adopción de regulaciones sobre deberes y responsabilidades de actores económicos frente a campesinos y otros trabajadores rurales puede contribuir a su no repetición.

Al respecto, es pertinente añadir que, si bien los Estados están llamados en primer lugar a proteger, con acciones que incluyen las legislativas, a los derechos humanos frente a las actividades empresariales (que emanen de personas jurídicas o no), una visión multi-nivel permite a su vez identificar los riesgos de una falta de armonización entre legislaciones de la región u otros lares en términos de responsabilidades empresariales sobre derechos humanos.

Efectivamente, si tan sólo alguno(s) de los Estados de una región imponen responsabilidades de forma satisfactoria a la luz de los estándares del sistema, se podría correr el riesgo de fomentar “saltos de jurisdicción” a Estados con menos protección, *forum shopping* o *race to the bottom*.⁵¹⁰

Una situación tal podría generar espacios de impunidad o atracción de actividad irresponsable. Además, se podría estimular el ejercicio de presiones económicas (que incluso estimulen la llamada “captura corporativa”)⁵¹¹ para “persuadir” a algunos Estados a no imponer determinados deberes a las empresas.

A nuestro parecer, cuando no se responsabiliza adecuadamente a los actores económicos, hay una ausencia de suficiente diligencia estatal (que puede evitarse en un futuro mediante políticas de entrenamiento y consecuencias de la negligencia de los agentes estatales).

⁵¹⁰ August Reinisch, “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors”, en: Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, pág. 54; Consejo de Derechos Humanos, Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante, A/HRC/31/50, 5 de febrero de 2016, párr. 50.

⁵¹¹ Artículo 6.7 de la segunda revisión al borrador sobre un tratado de empresas y derechos humanos, del 6 de agosto de 2020; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párrs. 53, 261, 404 (“la injerencia indebida y poco transparente de agentes privados, en este caso empresas, y la captura de instituciones del Estado o la influencia indebida en los tomadores de decisiones públicas por parte de estas con el objeto de influenciar su comportamiento en beneficio e interés propio, además de debilitar los valores democráticos y el Estado de Derecho, también pueden llegar a influir decisivamente en el respeto y garantía de los derechos humanos, aumentar las brechas de desigualdad y pobreza, e incluso conformar actos ilícitos”).

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

También resultan problemáticas barreras procesales y prácticas a la justicia,⁵¹² que por ejemplo afecten a los campesinos frente a actores económicos que causen impactos negativos sobre sus derechos humanos. Aquellas barreras pueden consistir, por ejemplo, en normas o prácticas que impongan exigencias desproporcionadas a las víctimas o les exijan demasiadas cargas a ellas y/o a sus defensores para a efectos de garantizar sus derechos.

Ellas deben, en consecuencia, ser removidas. La forma en la que este objetivo se puede cumplir depende de cada caso y obstáculo en concreto.

Por ejemplo, en ocasiones sería pertinente que los agentes del Estado inviertan la posibilidad de invertir la carga de la prueba, que se eliminen requisitos económicos onerosos, o que se adopten o implementen regulaciones procesales o sustantivas más coherentes con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, entre otras posibilidades.

En consecuencia, las reformas normativas y de práctica también deben tener en cuenta aquellos obstáculos.

En el seno de las Naciones Unidas se ha dicho, por ejemplo, que las medidas de protección frente a abusos empresariales que deben ser implementadas por parte del Estado pueden incluir tareas legislativas o de regulación, y que “National legislation will often exist or may be required to ensure that these obligations are effectively implemented and enforced. This, in turn, means that elements of the Guiding Principles may be reflected in domestic law regulating business activities”⁵¹³.

⁵¹² Cees van Dam y Filip Gregor, “Corporate responsibility to respect human rights vis-à-vis legal duty of care”, en: Juan José Álvarez Rubio y Katerina Yiannibas (eds.), *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017, pág. 121; Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, principio 26 con su comentario (al hablar sobre la problemática de “barreras que impidan llevar casos legítimos ante los tribunales”); Business & Human Rights Resource Centre, “Barriers to Access to Remedy”, disponible en: <<https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/corporate-legal-accountability/barriers-to-access-to-remedy/>>, última visita: 25 de febrero de 2021; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 139 (“la CIDH también ha identificado una serie de obstáculos de índole jurídica o administrativa para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, por ejemplo, obstáculos vinculados a la investigación y recopilación de evidencias para la presentación de los reclamos, a contar con abogados, al desconocimiento de sus derechos y mecanismos disponibles, entre otros. Las barreras para obtener justicia también se relacionan con el alto umbral que puede exigirse a las víctimas para probar las afectaciones alegadas; y por ende, los costos que ello supone. Lo anterior puede generar dificultades adicionales cuando el acceso a los mecanismos está condicionado a un plazo de tiempo determinado. La difícil tarea de conseguir, preservar y recolectar evidencia y proveer testimonios se ve en ocasiones exacerbada por encontrarse frente a posibles riesgos o afectaciones a su seguridad, situación no poco común en contextos en que la empresa tiene intereses directos involucrados y su responsabilidad se puede ver comprometida. Para la CIDH y su REDESCA también es evidente que los grandes actores económicos tienen la posibilidad de contar y contratar servicios de representación legal altamente calificados, y soportar los gastos que demandan los procesos judiciales; en comparación a los denunciantes quienes usualmente no tienen la posibilidad de afrontar por sí mismos los gastos económicos que este tipo de procesos implican, configurándose en muchos casos desequilibrios notorios”).

⁵¹³ Naciones Unidas, *Frequently asked questions about the Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2014, págs. 7-8.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

9. Algunos retos para los esfuerzos de la implementación de las garantías de los derechos de las campesinas y los campesinos y sus familias frente a las acciones empresariales y de otros actores económicos

Los deberes en materia de derechos humanos de los campesinos y trabajadores rurales reconocen el impacto que pueden tener las conductas empresariales y de otros actores no estatales, como se desprende del artículo 2.5 de la Declaración. La misma, no obstante, concibe sus responsabilidades de forma indirecta, como diría John H. Knox,⁵¹⁴ al imponer la carga de regular y hacer frente a tales actores a los Estados. Pero el contenido de los deberes estatales al respecto supone que determinadas conductas no estatales son contrarias al contenido, goce y ejercicio de los derechos humanos en cuestión. Estos derechos deberían ser respetados por los diversos actores económicos en la medida en que, siendo capaces fácticamente de afectar su goce y ejercicio negativamente, estén llamados a abstenerse de hacerlo, por ejemplo, no lucrándose de trabajo rural no remunerado.⁵¹⁵

Las posibilidades relativas a la implementación efectiva de la Declaración en relación con la protección de los campesinos y otros trabajadores rurales frente a violaciones tales como la explotación laboral dependen de múltiples factores, incluyendo aquellos relativos a los recursos a disposición de los distintos Estados. Algunos, por su poder financiero, tienen una mayor probabilidad de hacer frente a las presiones e intentos de captura o influencia de los actores económicos, mientras que otros son más susceptibles a chantajes cuando sus agentes buscan atraer inversiones o incluso lucrarse mediante actos de corrupción, que atentan contra el sistema de los derechos humanos de distintas maneras.⁵¹⁶

Además de los recursos, claramente, también hay un posible componente de colusión y voluntad o renuencia de los agentes estatales (cuya psique debe ser examinada en concreto, como sugieren análisis desagregados de los Estados, en tanto un análisis unitario formal del Estado impide observar sutilezas de motivaciones encontradas de diversos agentes) a enfrentar abusos de actores económicos.

Es posible que haya un elemento constructivo en la medida en la que las *interpretaciones* o aparentes consensos sobre qué permite el derecho internacional incidan en lo que los agentes crean es posible hacer frente a los abusos no estatales, e incluso influyendo en creencias sobre si las violaciones atribuibles a ellos existen o no (fácticamente, sin duda, existen y victimizan).

Además de la posibilidad de crear remedios jurídicos y modificar las creencias y percepciones merced a modificaciones del derecho o su interpretación (lo que llama la atención sobre la importancia del desarrollo progresivo del derecho internacional), es importante tener en cuenta las posibilidades ofrecidas por distintos niveles de gobernanza y estrategias, incluyendo en esta aproximación multiestratégica posibilidades como la cooperación internacional, tanto económica como judicial y de evidencias, además de medidas restaurativas y no sólo de represión, teniendo de presente que la discriminación contra los trabajadores rurales suele estar más presente en el llamado Sur Global, a cuyas necesidades por ende debe prestarse particular atención.

⁵¹⁴ John H. Knox, "Horizontal Human Rights Law", *American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008, págs. 18, 20-27.

⁵¹⁵ Article 13, para. 6 de la Dichiarazione de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Rurales

⁵¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corrupción y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, 6 de diciembre de 2019, párrs. 2-12, *inter alia*.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

Al examinar las violaciones de los actores económicos contra los campesinos y otros trabajadores rurales, es necesario tener en cuenta la doble especialidad en términos de sensibilidad que este análisis exige: por una parte, han de identificarse necesidades particulares plasmadas en derechos basados en la dignidad de las y los campesinos en su contexto específico, que determinan las protecciones propias que se reconocen a sus particularidades; y por otra parte, es menester prestar atención a las dinámicas e impacto de los abusos y los sujetos a los que les sean atribuibles, en la medida en que tienen sus propias particularidades y diferencias frente a otros como sujetos los Estados y las empresas con personalidad jurídica.

En consecuencia, al analizar lo concerniente a la protección de las campesinas y los campesinos frente a violaciones provenientes de actores económicos, es menester tener presentes aspectos relativos a los atentados contra la biodiversidad que emanen de éstos, a las garantías que procuren la protección de tal biodiversidad y medidas de conservación frente a sus amenazas, así como lo concerniente a la necesidad de hacer frente a formas de explotación laboral contra personas que viven en zonas rurales. Entre ellas se incluyen actividades extractivistas, tanto lícitas como ilícitas en sí mismas, que utilizan (y al tratarles como medio, atentan contra su dignidad) a campesinas y campesinos de formas contrarias a sus derechos humanos.

Adicionalmente, se debe prestar atención al nivel de exigencias aplicables a las medidas de protección cuya adopción se exija a los Estados. Por ejemplo, el artículo 20 de la Declaración emplea el término “apropiadas” para referirse a las medidas de protección y promoción frente a los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas de los campesinos y las campesinas. Dicho esto, puede acontecer que términos como este adolezcan de cierta ambigüedad que, en consecuencia, dificulte en cierta medida la identificación universal de defectos en la conducta estatal en contraste con aquella que se espera normativamente. Adicionalmente, es imprescindible examinar las distintas clases de políticas y medidas que, actuando en conjunto, pueden contribuir a combatir la explotación de campesinos y otros trabajadores rurales y demás violaciones en contra de sus derechos, examinando las causas y factores que contribuyen a su emergencia o consolidación.

Por ejemplo, en algunas sociedades puede haber problemáticas relacionadas a la desigualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres, que en consecuencia deberá afrontarse. En otras sociedades, para desincentivar el empleo no remunerado de personas campesinas será necesario adoptar medidas reguladoras en el ámbito de la agricultura y de las relaciones laborales. Otros instrumentos, como por ejemplo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, pueden ofrecer pautas adicionales a tener en cuenta. De hecho, se ha considerado expresamente en aquella convención que es necesario prestar atención de forma prioritaria a la problemática sobre la explotación laboral de las mujeres en la agricultura. Así, el artículo 14, en sus apartados primero y segundo, sostiene que “Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía”.

Dicho esto, hay una complejidad adicional en virtud del hecho de que buena parte del trabajo de los trabajadores rurales, incluyendo a las mujeres, se presenta en el sector “informal”, lo que dificulta la posibilidad de obtener información y estadísticas precisas sobre niveles de

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

desprotección e ilegalidad.⁵¹⁷ Como hemos venido explicando, diversos actores económicos participan en tal sector. Ante la carencia de información precisa, se incrementa el riesgo de ausencia de medidas de protección implementadas frente a una realidad que en parte se desconoce. Ciertamente, esto no excusa a los Estados, que diligentemente deben procurar la información pertinente a efectos de brindar la protección que tienen la obligación de otorgar. Esto supone que se indague si los inspectores laborales se ven comprometidos por actos de corrupción, y que se les capacite y empodere para vigilar las actividades de actores económicos no empresariales.

Dicho esto, el (debido) ajuste del derecho interno en aspectos de competencia de los agentes estatales y conductas que han de ser investigadas y proscritas, incluso cuando se atribuyan a actores económicos no empresariales, no constituye la única estrategia necesaria a efectos de incrementar la protección de las y los campesinos. Así, por ejemplo, es útil recordar en que incluso antes de la adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en 2011 se había reconocido el deber estatal de proteger y responder frente a abusos de otros actores no estatales, y que en la medida en la que ello sea pertinente, las enseñanzas que se han obtenido del desarrollo del creciente ámbito de las empresas y los derechos humanos pueden suministrar criterios para hacer frente a los impactos negativos frente a los derechos humanos a otros actores que también persigan un lucro económico en sus actividades.

En la doctrina se ha sostenido que es posible identificar la responsabilidad de determinados actores que, pese a no ser mencionados expresamente en algún estándar, tengan características que permitan sostener que tienen de forma implícita cargas jurídicas similares a las de otros actores cuya conducta e impacto tengan cierta semejanza, en la medida en que no haya incompatibilidades lógicas al respecto.⁵¹⁸

Por otra parte, organismos multilaterales como la OIT pueden brindar información relevante sobre prácticas en la economía informal a la que Estados y organismos de derechos humanos pueden acceder a efectos de diseñar estrategias de promoción y defensa. La sociedad civil, por su parte, puede contribuir mediante denuncias y presión de prácticas no estatales problemáticas, además de promover campañas de ayuda y empoderamiento de comunidades campesinas, por ejemplo, en cuanto al comercio de sus productos. El monitoreo del cumplimiento de estándares de derechos humanos en el proceso de manufactura o comercio de bienes y servicios pueden también contribuir a identificar y reducir estímulos de explotación en la que incurran actores económicos que operen en áreas rurales.

Además de analizar los aspectos referentes a los actores que incurren en abusos, es igualmente imprescindible prestar atención a las necesidades diferenciadas y a los factores de discriminación interseccional que afecten con un mayor impacto a algunas personas en el ámbito rural, como a las mujeres y jóvenes.

Estos análisis, cabe aclarar, no han de limitarse al diseño de medidas reactivas frente a abusos particulares, sino que han de procurar también la propuesta de mecanismos preventivos y de respuesta frente a las causas que generen contextos de afectación de los derechos. Esto supone indagar por el entramado de factores que permiten y estimulan a los actores económicos de diversa índole a participar en la economía formal e informal, con negocios lícitos e ilícitos, a

⁵¹⁷ Francesco Saverio Caruso, *Dal caporalato alle agenzie di lavoro temporaneo: i braccianti rumeni nell'agricoltura mediterranea*, Franco Angeli, 2016, págs. 51-64.

⁵¹⁸ Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010, págs. 273-277.

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS NO EMPRESARIALES

afectar a personas campesinas, discriminándoles y limitando su participación activa y efectiva en los campos de la salud y la educación o de la sociedad en su conjunto. También es necesario tomar mayor consciencia de las necesidades de las personas del campo, que en ocasiones son ignoradas por la población de las ciudades, y adoptar medidas de política pública y legislativas para promocionar y defender sus derechos. Para que ello sea legítimo y consistente con los criterios de la Declaración, es imprescindible que en su elaboración se cuenta con la participación de campesinas y campesinos y se les consulte, según se desprende de los artículos 4, 2, 5, 10, 11, 13, 14, 15, 16 de la misma. Esto promoverá a su vez el empoderamiento de las personas en el campo y permitirá conocer de primera mano sobre sus expectativas y problemáticas, contribuyendo así a la eliminación de la discriminación en su contra y a la identificación de medios que impidan su re-victimización.

Conclusiones

Hay diversos problemas particulares que padecen las personas del campo que son relevantes desde la perspectiva de los derechos fundamentados en su dignidad, incluyendo entre otros los relativos a su explotación laboral. Entre otros sujetos, hay actores económicos que no tienen la identidad de una empresa con personalidad jurídica propia que, empero, buscan lucrarse a través de la comisión de abusos que infligen aquellos problemas. En ocasiones, las conductas de tales actores constituyen prohibiciones bajo el derecho imperativo, caso en el cual su responsabilidad internacional se genera a partir del incumplimiento de una obligación implícitamente a su cargo. En los casos restantes, el derecho internacional e interno bien pueden diseñar prohibiciones y mecanismos que hagan frente a los abusos en cuestión. Los ámbitos de las empresas y los derechos humanos y los derechos humanos de las y los campesinos, si se analizan en conjunto y en cuanto a sus necesarias coincidencias, ponen de manifiesto la necesidad de protección especializada de estos últimos incluso en aquellos eventos en los cuales su vulnerabilidad exista frente a entes distintos a los Estados que tengan intereses financieros como motivadores de sus acciones (y omisiones). Dicho esto, así como aún queda un campo por andar en cuanto a hacer del *corpus iuris* de las empresas y derechos humanos un ámbito robusto que brinde respuestas suficientemente satisfactorias, plenas y efectivas, otro tanto podrá decirse frente a otros actores económicos. Puede que algunos estimen que ello no es necesario en la medida en la que, por ejemplo, el crimen organizado es objeto de otros desarrollos como la Convención de Palermo y sus protocolos o incluso medidas contra el terrorismo. Pero ello resulta ser falso. Esto se debe, por una parte, a que no toda actividad abusiva de actores no empresariales contra los campesinos pueda considerarse como correspondiente a las conductas y sujetos contemplados en aquellos instrumentos. Adicionalmente, incluso en los eventos en los que ello si sea factible, tales instrumentos tienen como preocupación central otro tipo de objetivos, que no son exactamente y de forma directa los correspondientes a los derechos humanos de las campesinas, los campesinos y otros trabajadores rurales. Iguales consideraciones se predicen del derecho penal interno y otras ramas.

Al igual que frente a las empresas, es importante no perder de vista que el protagonismo en la materia deben tenerlo los seres humanos, precisamente. Siendo ellos sus titulares, no es el Estado el punto de partida de los análisis, y tampoco lo son algunos actores con características accidentales. La identificación de vacíos de protección no tiene como preocupación preponderante o exclusiva al Estado. Por el contrario, incluso los deberes estatales son una

LA PROTECCIÓN DEBIDA DE LOS DERECHOS DE CAMPESINOS, CAMPESINAS Y
TRABAJADORES RURALES FRENTE A ABUSOS ATRIBUIBLES A ACTORES ECONÓMICOS
NO EMPRESARIALES

derivación de las necesidades de respeto y protección humanas frente a múltiples necesidades y amenazas, entre las cuales necesariamente deben de incluirse todas aquellas susceptibles de impedir el pleno goce y ejercicio efectivos de los derechos en cuestión, como pueden serlo aquellas atribuibles a actores económicos sin personalidad jurídica de derecho privado, bien sea como individuos o grupos *de facto*.

Enforcing the Business and Human Rights regime: Contributions from the Inter-American Human Rights System

Danielle Anne Pamplona* & Salvador Herencia-Carrasco*

1. Introduction

The purpose of the paper is to explore how the interpretation of the American Convention on Human Rights (ACHR) by the Inter-American Human Rights System (IAHRS) may contribute to the enforcement and implementation of business & human rights (BHR) norms and policies in states party to the American Convention on Human Rights (ACHR).⁵¹⁹ The IAHRS has fostered legal and policy changes⁵²⁰ in fields related to transitional justice, freedom of expression, political rights,⁵²¹ and prosecution of gross human rights violations at the national level,⁵²² among other fields.⁵²³ We believe that, in parallel to the adoption of National Action Plans on BHR and the discussion of due diligence or forced labour legislation in the Americas, the IAHRS may contribute to shape state regulations and business conducts alike.

For almost 20 years, different bodies of the Organization of American States have addressed the impact of business activities on human rights.⁵²⁴ At first, positive effects were identified and possibilities for replicating good practices were showcased.⁵²⁵ However, as cases related to BHR were brought to the IAHRS, it showed significant negative impacts that were not being prevented or were not being remedied by states.⁵²⁶ In recent years, the IAHRS has also acknowledged the role of private entities in the occurrence of such violations.

* Danielle Anne Pamplona, Professor at the Pontificia Universidade Católica do Paraná, Brazil.

* Salvador Herencia-Carrasco, Director Human Rights Clinic, HRREC, University of Ottawa, Canada.

⁵¹⁹ *American Convention on Human Rights*, 22 November 1969, 1144 U.N.T.S. 123, 9 I.L.M. 99 (entered into force 7 July 1978).

⁵²⁰ See Ludovic Hennebel, Hélène Tigroudja, *The American Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford: OUP, 2022).

⁵²¹ See V. R. Rescia, M. D. Seitles, 'The Development of the Inter-American Human Rights System: An Historical Perspective in a Modern Day Critique' (2000) 16(2) N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts. 593.

⁵²² See Alexandra R. Harrington, 'Internalizing Human Rights in Latin America: The Role of the Inter-American Court of Human Rights System' (2012) 26 Temp. Int'l & Comp. L.J. 1.

⁵²³ Christian Steiner, Patricia Uribe (eds), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019).

⁵²⁴ For example, see Organization of American States, *Promotion and protection of human rights in business*, General Assembly, XLIV-O/14, AG/RES. 2840 (4 June 2014).

⁵²⁵ Alejandra Gonza, 'Integrating Business and Human Rights in the Inter-American Human Rights System' (2016) 1 Business and Human Rights Journal 357.

⁵²⁶ See Inter-American Commission on Human Rights, *Business and Human Rights: Inter-American Standards*, CIDH/REDESCA/INF.1/19 (Washington: IACHR), 2019.

The IAHRs is progressively developing standards that recognize the region's history, its need for development, while acknowledging the shrinking regulatory space of the state.⁵²⁷ This all has its impact on the BHR field, particularly vulnerable groups that are most affected by business activities.⁵²⁸

The first part of the paper will oversee how the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) has incorporated BHR norms in its decision, particularly the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs).⁵²⁹ The second part will look on how the expansion of the case law of the IACtHR towards the protection of social and environmental rights could impact the framing of BHR decisions within the IAHRs. We will conclude our paper with a brief identification of the cases that will be decided by the IACtHR in the next few years, particularly those related to Indigenous Peoples, the environment, arms trade and climate change.

2. Brief history of IAHRs bodies and BHR

It is worth mentioning that the issue of BHR has been present throughout the work of the IAHRs, regardless of the existence of a global or regional guidelines framework or principles on BHR.⁵³⁰ For example, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) started to report on situations in the Americas in the 1970's. In their first annual reports, the IACHR was already documenting the exploitation and expropriation of Indigenous lands by states to benefit private business. Since then, the IACHR has continuously included the dispute over the tenure of Indigenous land as a possible scenario of human rights violations.⁵³¹ The adoption of thematic reports and the creation of the Special Rapporteurship on Social, Economic, Cultural, and Environmental rights has contributed to strengthen the BHR agenda within the IAHRs.⁵³²

In the case of the IACtHR, the first decision that has a specific BHR element is the *2001 Awas Tingni vs. Nicaragua*.⁵³³ In this decision, the IACtHR expanded the notion of private

⁵²⁷ See: Juan E. Méndez & Catherine Cone, 'Human Rights Make a Difference: Lessons from Latin America, in Dinah Shelton (ed) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013) at 955-980.

⁵²⁸ See Cesar Rodriguez-Garavito, 'Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields' (2011) 18 Ind. J. Global Leg. Stud. 263.

⁵²⁹ Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, Human Rights Council, 17th Sess, A/HRC/17/31 (21 March 2011).

⁵³⁰ See Office of the High Commissioner on Human Rights, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework* (Geneva: OHCHR), 2011.

⁵³¹ Gonzalo Bustamante, 'The Right to Consultation and Free, Prior and Informed Consent in Latin America: The Governmentality of the Extraction of Natural Resources' (2015) Hors-Série Revue Québécoise de Droit International 179.

⁵³² See: Inter-American Commission on Human Rights, *Business and Human Rights: Inter-American Standards*, CIDH/REDESCA/INF.1/19 (Washington: IACHR, 2019).

⁵³³ IACtHR, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community* (2001), Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 79.

property, as recognized on Art. 21 of the ACHR, to include the right to communal property of Indigenous Peoples.⁵³⁴ Since then, the IACtHR has adopted several decisions that have expanded the ACHR to recognize rights that would protect Indigenous Peoples against extractive projects in their territory.

For example, in the 2007 *Saramaka vs Suriname* decision, the IACtHR in the consolidated the requirements of the right to consultation and when a consent from Indigenous Peoples would be required. In 2012, the IACtHR recognized in the *Sarayaku vs. Ecuador*⁵³⁵ case that Indigenous Peoples are collective subjects under international law, which would significantly affect how the Court awards collective reparations. In 2020, in the *Lhaka Honhat vs. Argentina* case⁵³⁶, the Court recognized Indigenous Peoples' right to water, food and cultural identity linked to the territory, ordering the Argentinian government to resettle peasants and migrant workers out of Indigenous land.⁵³⁷

In between, there are approximately 35 other decisions regarding the breach of Indigenous rights by the state. Many of these decisions were released before the adoption of the UNGP in 2011. Due to the volume and relevance of these cases, the BHR cases before the IAHRs have mostly focused on extractive industries and Indigenous Peoples.⁵³⁸ As it will be seen in the next section, this "extractivization" of the cases has slowly shifted in the past few years with cases dealing with forced labour, the privatization of public services and environmental regulations.

3. The incorporation of BHR in decisions of the IACtHR

The first time the IACtHR expressly mentioned the UNGP was in the *Kaliña Lokono v. Suriname* decision in 2015.⁵³⁹ This case discussed, among other issues, the lack of recognition of collective ownership that led to the issuance of individual land titles in favour of non-indigenous people and the granting of concessions and licenses for mining operations in part of indigenous ancestral territories. The Court adopted the formulation that states should take all appropriate measures to prevent, investigate, punish and remedy, through adequate policies, abuses committed by business enterprises and that it is the responsibility of states to protect human rights against violations committed by third parties, including business enterprises.⁵⁴⁰

⁵³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11: Pueblos Indígenas y Tribales* (San José, Corte IDH, 2015).

⁵³⁵ IACtHR, *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku (Ecuador)* (2012), Merits and Reparations, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 245.

⁵³⁶ IACtHR, Inter-Am. Ct. H.R., *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400.

⁵³⁷ IACtHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400, paras. 202-254.

⁵³⁸ Dinah Shelton, 'The Inter-American human rights law of indigenous peoples' (2013) 35(2) *University of Hawaii Law Review* 937.

⁵³⁹ IACtHR, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples (Suriname)* (2015), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 309.

⁵⁴⁰ IACtHR, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples (Suriname)* (2015), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 309, para. 224.

Although the reference to the UNGP consists of only two paragraphs, it is relevant as it brings to the IAHRs a framework that speaks to it intimately. The exploitation of human and natural resources at the expense of people in this continent is nothing new.⁵⁴¹ The UNGP is the leading framework that seeks to establish the obligations of the State and the responsibilities of companies when their activities impact human rights. The IAHRs, in turn, is created to ensure the realization of human rights by states. Therefore, it is necessary to highlight whenever a situation of violation and the appropriate conduct of each of the parties involved (state and business) comes to light.

In 2016, in a ruling on a case of slave labour, the case of *Hacienda Brasil Verde Workers vs Brazil*,⁵⁴² the Court has briefly mentioned that the State has a duty to adopt measures to weaken the demand that fuels labour exploitation through forced labour, debt bondage and slavery.⁵⁴³ Although the Court does not expressly mention the UNGP, this was the first case dealing with forced labour and the social factors that enable people to work under servitude.

Workers of the Fireworks Factory vs Brazil

In 2020, the IACtHR decided on a case related to health and safety in the workplace. The case focused on the living and working conditions of persons in a firework factory case in Brazil. The case of the *Workers of the Fireworks Factory in Santo Antonio de Jesus and their families v. Brazil*⁵⁴⁴ is important as it showed how companies may use their dominant position to establish their businesses in places that are difficult to access and to supervise by state regulatory bodies. The judgement, however, does not engage with the UNGP but the separate opinion by Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor, opens, for the first time, the need to engage the issue of BHR.⁵⁴⁵

Judge MacGregor correctly identifies that the main issue on the case (regarding BHR) is the Court's conclusion that all violations founded were due to the State's omission or inaction. Indeed, the state should adopt measures to prevent the violations, which includes the elaboration of laws and the supervision of its compliance.⁵⁴⁶ He points out to the fact that it is the first case in which the application of the content of the Guiding Principles is harmoniously adapted to the States' obligations to respect and protect provided for on the American Convention. This is clearly a case where it was expected from the State a conduct (supervision of application of existent legislation) that did not

⁵⁴¹ See Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, *Report of the Special Rapporteur on the rights of Indigenous Peoples: Extractive industries and Indigenous Peoples*, 1 July 2013, A/HRC/24/41.

⁵⁴² IACtHR, *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers (Brazil)* (2016), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 318.

⁵⁴³ IACtHR, *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers (Brazil)* (2016), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 318, para. 318.

⁵⁴⁴ IACtHR, Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their families (Brazil)* (2020), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 407.

⁵⁴⁵ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their families (Brazil)* (2020), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 407, Individual opinion from Judge MacGregor.

⁵⁴⁶ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their families (Brazil)* (2020), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 407, Individual opinion from Judge MacGregor, para. 9.

occur, and despite the fact that States 'non-compliance is not measured against the full effectiveness of the measure.. it is expected that significant results are produced and that there has been an evolution between the initial situation and the current situation... and such progress should be measurable.⁵⁴⁷

This vote amplifies the notion that legislative measures that recognize and protect rights are not enough in the absence of an 'institutional apparatus that has competence over these laws'⁵⁴⁸ and ensure that the legislation is implemented.⁵⁴⁹ It is worth mentioning that the judge concludes that 'the obligations of oversight, supervision or inspection are particularly relevant, because they are means that allow the authorities or institutions to monitor the activities of private entities in relation to rights that the State recognizes and has undertaken to ensure.⁵⁵⁰

Miskito Divers vs. Honduras

Some more detail is given by the Court on the decision of the case of *Miskito Divers vs. Honduras*, in 2021.⁵⁵¹ The Court begins by recognising the territory occupied by the Miskito and the poor living conditions of the members of the community. These living conditions make them vulnerable to be exploited by businesses as their survival depend on the provision of services by the State, and the assessment is that it is rather deficient since public facilities are not within the reach of this population.⁵⁵²

The Court clarifies the means of subsistence of the population. They are highly dependent on divers for lobster and shrimp hunting;⁵⁵³ and the start of activities begin at around 14 years of age. There is no doubt or ignorance either about the consequences of carrying out this activity in the conditions in which it is done on site nor the involvement of the Miskitos population. There are 9000 divers; 98% of these Miskitos; 97% have already suffered consequences related to decompression; and 4,200 are partially or totally disabled.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their families (Brazil)* (2020), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 407, Individual opinion from Judge MacGregor, para. 16.

⁵⁴⁸ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their families (Brazil)* (2020), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 407, Individual opinion from Judge MacGregor, para. 18.

⁵⁴⁹ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their families (Brazil)* (2020), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 407, Individual opinion from Judge MacGregor, para. 19.

⁵⁵⁰ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their families (Brazil)* (2020), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 407, Individual opinion from Judge MacGregor, para. 19.

⁵⁵¹ IACtHR, Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432.

⁵⁵² Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 29.

⁵⁵³ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 31.

⁵⁵⁴ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 31.

The absence of the State is felt, by this population, not only by the impossibility of enjoying basic services. There is another absence, which concerns the absence of the state to protect this population in their relationship with their employers. There is protective legislation for this activity,⁵⁵⁵ but the lack of inspection is so extensive that, sometimes, the divers receive part of their remuneration in money, and another part in drugs that keep them willing to perform their work.⁵⁵⁶ There is no training for the activity, which could prevent accidents; or reparation for those who have suffered damages;⁵⁵⁷ the working conditions are precarious, there are no safety conditions; and sometimes debt servitude is present. The Inter-American Commission also points out the informality of the work, done with defective equipment and without maintenance.⁵⁵⁸ In short, the protection of the rights of these people, as human and as workers, is non-existent.

Although the parties reached an agreement, and the State acknowledged its responsibility, the Court has seen fit to make considerations regarding the living and working conditions of this population. It is precisely in the considerations on labour that we can find contributions from the Court to the issue of BHR, as it discusses the obligations of the State to ensure rights when companies and indigenous people are involved.

The Court notes the negative and positive obligations of States. The latter involves its obligation to organize its apparatus to ensure the enjoyment of rights;⁵⁵⁹ this obligation extends beyond the relations between State agents and persons under its jurisdiction, and encompasses the duty to prevent third parties, in the private sphere, from violating rights" (44). The Court notes that the State is not always responsible for violations committed by private entities, since there is no automatic attribution of responsibility. Even so, all State authorities have the duty to adopt all possible measures to guarantee these rights.⁵⁶⁰

The Court cannot hold private entities responsible, however, it has referred to the activities of private business to justify how the State is responsible for the duty to regulate and supervise the practice of economic activities that pose a risk to the life and integrity of individuals.⁵⁶¹ The IACtHR expressly mentions the UNGP, setting out the content of each

⁵⁵⁵ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 37.

⁵⁵⁶ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 33.

⁵⁵⁷ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 34.

⁵⁵⁸ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 34.

⁵⁵⁹ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 43.

⁵⁶⁰ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 45.

⁵⁶¹ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 46.

of its three pillars.⁵⁶² It expressly establishes that States must regulate economic activities so that they ensure respect for the human rights recognized in the Inter-American system. Following the UN Guiding Principles, in order to comply with its mentioned obligations, States should adopt measures that ensure that companies a) adopt policies for the protection of human rights; b) adopt due diligence processes for the identification, prevention and correction of human rights violations, as well as to ensure decent and dignified working conditions; and c) adopt processes that facilitate the remediation of violations that result from their activities, especially if the victims are poor people or belonging to vulnerable groups.⁵⁶³

All these express mentions of the UNGP are positive given that the Court's decisions affect not only States but are also the object of study by academics and reflection by civil society. Thus, the clarification of their content is relevant. The Court goes further and affirms that states should 'actively' encourage companies to adopt good governance practices to comply with human rights standards. Asserting that States must adopt conduct - 'actively' encourage - is important because it establishes the positive obligation of the State. The incentive can come through legislation that sanctions deviant conduct or the omission of companies, but it can also occur through positive incentives. Likewise, it is positive that the Court is crystal clear in indicating that the State's actions should aim at making companies adopt good corporate governance practices, including by ensuring the participation of all stakeholders.

However, the mention of the term "good practices" refers to voluntary conduct adopted by companies, and the purpose of the Court's dedication to the topic is precisely to clarify that the State should adopt measures that lead to the respect of human rights by companies.⁵⁶⁴ Thus, using the nomenclature that is linked to the voluntarism of companies can open space for some confusion, or even for interpretations that rule out the need for companies to effectively adopt such conducts.⁵⁶⁵

Another issue that seems relevant to us is that the Court fails to mention that the corporate conducts that are to be fostered through responsible state action must necessarily be linked to the company's main economic activity. For us, it is of utmost importance to vocalize that good practices that are not directly related to the company's activity, although beneficial and welcome, are not sufficient and cannot replace the necessary conduct that addresses the negative impacts of that activity. By only affirming that States should encourage companies to adopt good governance practices, the Court also excludes good practices that are not directly related to governance, but are directly related to environmental and human rights issues.

⁵⁶² Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemeth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 47.

⁵⁶³ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemeth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 49.

⁵⁶⁴ See Penelope Simons, 'International law's invisible hand and the future of corporate accountability for violations of human rights' (2012) 3:1 *Journal of Human Rights and the Environment* 5.

⁵⁶⁵ See Anita Ramasastry, 'Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability' (2015) 14 *Journal of Human Rights* 237.

Thus, the possible interpretation is that the state should encourage companies to ensure, for example, gender and racial representation in their governance bodies. This can undoubtedly be reflected in the conduct adopted by companies and it is a welcome development. However, it falls far short of vehemently affirming that the State should encourage corporate conduct that does not violate human rights when it comes to the displacement of people for large projects, to give one example.

The Court comes close to this when it adopts the conclusions of the IACHR⁵⁶⁶ in the sense that it is within the sphere of responsibility of companies to adopt preventive measures to protect the human rights of their workers and measures that prevent negative impacts on the communities in which they operate or on the environment. This reflects the need, pointed out in the Guiding Principles, to adopt due diligence processes.

In the area of reparations, the Court's position of relying on the Latin American standards established by the DESCRA Rapporteurship and affirming that States must adopt measures to ensure that transnational corporations are held accountable for the human rights violations they commit, or when they benefit from the activities of national companies that are in their chain of production, is relevant.⁵⁶⁷

Martina Vera Rojas vs. Chile

Finally, in the 2021 case of *Vera Rojas and others vs Chile*,⁵⁶⁸ it was disputed the State's duty related to a child human right to homecare health treatment. The child suffered from a chronic illness and had been in homecare for years before the private entity suspended its services. Once again, the Court has stressed that the State also has a duty to prevent that third parties violate rights.⁵⁶⁹ The Court has mentioned the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and made reference to what it had already affirmed in the *Buzos Miskitos Case*.⁵⁷⁰

Particularly important, in our view, was the statement that businesses must adopt conduct that respects human rights, and the state is obliged to ensure, through regulation, that they prevent their activities from causing or contributing to human rights violations. There is no additional contribution to what had already been stated in the *Buzos Miskitos case*, which can also be attributed to the timing of the decisions, as both were published in October 2021.

In our view, one of the reasons that may explain the Court's greater willingness to address the issue in the case of *Buzos Miskitos* was the publication, in 2020, of the Report called

⁵⁶⁶ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemeth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 51.

⁵⁶⁷ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Buzos Miskitos (Lemeth Morris et al.) (Honduras)* (2021), Judgement (Ser. C) No. 432, para. 52.

⁵⁶⁸ IACtHR, *Case of Vera Rojas et al. (Chile)* (2021), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 439.

⁵⁶⁹ IACtHR, *Case of Vera Rojas et al. (Chile)* (2021), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 439, para. 83.

⁵⁷⁰ IACtHR, *Case of Vera Rojas et al. (Chile)* (2021), Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 439, paras. 41-111.

Inter-American Standards on Business and Human Rights, by the Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights. These cases show how the Court has come to acknowledge the role of private entities in the occurrence of human rights violations.

The purpose of this section was to highlight how the IACtHR has progressively incorporated the BHR field in its case law. Most of these cases emphasize on the protection of civil rights such as the rights to life, non-discrimination, personal security (integrity) or property, while recognizing the strong connection with social rights as work and health. In the next section, we will focus on how the IACtHR has incorporated the BHR lens, particularly the UNGP, when addressing cases related to the protection of the environment,

3.- Environment, Business and Human Rights in the case law of the IACtHR

The purpose of this section is to explore the impact that Advisory Opinion No. 23 on The Environment and Human Rights⁵⁷¹ and the *Lhaka Honhat* case⁵⁷² may have for the protection of the environment but also for the duty of states to protect communities from the adverse impact that businesses might have on their right to a healthy environment. In the absence of specific BHR legislation in Latin America, particularly mandatory human rights due diligence, the decisions of the IACtHR provide a legal ground where affected communities might seek protection of their environmental rights.⁵⁷³

Advisory Opinion on Environment and Human Rights

In November 2017, the IACtHR released its Advisory Opinion (AO) No. 23 on the environment and human rights. This decision established the extent of the obligations of states to protect the rights to life and personal integrity, *vis-à-vis* infrastructure projects that will have an impact on the environment of individuals and communities, as well as principles on how to interpret the ACHR in relation to international environmental obligations of states.⁵⁷⁴

The first part of the AO identifies the main elements of the right to environment,⁵⁷⁵ concluding that this right is protected under Article 26 of the ACHR. This article refers to

⁵⁷¹ IACtHR, *The Environment and Human Rights (Colombia)* (2017), Advisory Opinion 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 23.

⁵⁷² IACtHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400.

⁵⁷³ Roman Girma Teshome, 'Provision of Remedies for Violation of Economic, Social and Cultural Rights: A Comparative Study of the United Nations, Inter-American and African Human Rights Systems' (2020) 28(2) *African journal of international and comparative law* 298-318.

⁵⁷⁴ Christopher Campbell-Durufflé, Anopama Atapattu Sumudu, 'The Inter-American Court's Environment and Human Rights Advisory Opinion: Implications for International Climate Law' (2018) 8(3-4) *Climate Law* 321-337.

⁵⁷⁵ IACtHR, *The Environment and Human Rights (Colombia)* (2017), Advisory Opinion 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 23, paras. 46-70.

the progressive nature of economic, social, and cultural rights, which also includes the right to a healthy environment, as established in Article 11 of the San Salvador Protocol.⁵⁷⁶

The second part of the Advisory Opinion focuses on jurisdiction and responsibility for transboundary harms,⁵⁷⁷ as well as outlining the duties of states to protect the environment.⁵⁷⁸ The Court concludes that these obligations include the duty to prevent environmental damages,⁵⁷⁹ the need to use the precautionary principle to protect the life and integrity of persons,⁵⁸⁰ the establishment of inter-state cooperation mechanisms,⁵⁸¹ and the adoption of procedural rights (access to public information, public information, and access to justice).⁵⁸²

The IACtHR uses the ACHR and other Inter-American instruments to determine the scope of these environmental obligations on the state, in addition to specific International Environmental instruments.⁵⁸³ This means that not only the IACtHR recognizes that a claim may be brought against a state for a breach on the right to environment but also that the Court may use environmental instruments like the Rio Declaration on Environment and Development, the Convention on Biological Diversity or the Paris Agreement on Climate Change, among others, to assess the responsibility of states for environmental damages as well as any reparations deemed necessary.⁵⁸⁴

In conclusion, the Advisory Opinion establishes the general framework of environmental obligations but at the same time, it "Inter-Americanizes" instruments of International Environmental Law to assess the State's compliance with its duty to protect the environment.

The case of Lhaka Honhat vs Argentina

A few years later, in February 2020, the IACtHR rendered the ruling on the case of *Lhaka Honhat vs. Argentina*.⁵⁸⁵ The first part of the ruling restates the IACtHR's standards on the territorial rights of Indigenous Peoples and the state's obligation to delimit and grant a

⁵⁷⁶ *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, "Protocol of San Salvador"*, 17 November 1988, O.A.S. Treaty Series No. 69 (entered into force 16 November 1999).

⁵⁷⁷ IACtHR, *The Environment and Human Rights (Colombia)* (2017), Advisory Opinion 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 23, paras.71-104.

⁵⁷⁸ IACtHR, *The Environment and Human Rights (Colombia)* (2017), Advisory Opinion 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 23, paras. 105-243.

⁵⁷⁹ IACtHR, *The Environment and Human Rights (Colombia)* (2017), Advisory Opinion 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 23, paras. 127-174.

⁵⁸⁰ IACtHR, *The Environment and Human Rights (Colombia)* (2017), Advisory Opinion 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 23, paras. 175-180.

⁵⁸¹ IACtHR, *The Environment and Human Rights (Colombia)* (2017), Advisory Opinion 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 23, paras. 181-210.

⁵⁸² IACtHR, *The Environment and Human Rights (Colombia)* (2017), Advisory Opinion 23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 23, paras. 211-241.

⁵⁸³ Christopher Campbell-Durufié, Sumudu Anopama Atapattu, 'The Inter-American Court's *Environment and Human Rights* Advisory Opinion: Implications for International Climate Law' (2018) 8:3-4 *Climate Law* 321.

⁵⁸⁴ Angeliki Papantoniou, 'Advisory Opinion on the Environment and Human Rights' (2018) 112:3 *American Journal of International Law* 460.

⁵⁸⁵ IACtHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400.

property title to Indigenous communities.⁵⁸⁶ The second part of the decision analyses the allegations of environmental degradation caused by settlers and illegal loggers in the area, as well as the failure of the state to prevent and guarantee the rights of indigenous communities.⁵⁸⁷

The Court examined these facts based on the rights to a healthy environment, to adequate food, to water, and to cultural identity. For the BHR field, this case is of utmost importance as it establishes the interrelationship between Indigenous rights to territory, the environment, and social rights.⁵⁸⁸ This implies that the state has a duty not only to recognize an Indigenous territory but to ensure that it can be used in accordance with the traditions and cultures of its legitimate owners. This implies the duty on the state to adopt the necessary measures to prevent private parties, whether its natural persons or corporations, from using or benefiting from the territory without the authorization of Indigenous Peoples.

In *Lhaka Honhat*, one of the problems was the presence of rural settlers on lands claimed by Indigenous communities; some of whom were rural tenants in a vulnerable situation. The Court found that their economic activities, which included small-scale farming and livestock, had an adverse impact on the rights to food, water and cultural identity of the Indigenous communities.⁵⁸⁹

After determining the lack of adequate measures by the state to ensure the exercise of the right to collective property and to guarantee the right to the environment and other social rights, the Court established a series of reparation measures, including economic compensation. Among other things, the IACtHR ordered that settlers should leave Indigenous territory within 6 years.⁵⁹⁰ Settlers had three years to leave voluntarily; after this period, the state would have to evict settlers, though only to productive land with access to adequate public services.⁵⁹¹

In November 2020, the petitioners filed before the IACtHR a request to interpret a provision of the merits decision,⁵⁹² which ordered the state to adopt the necessary legal measures to

⁵⁸⁶ IACtHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400, paras. 99-168.

⁵⁸⁷ IACtHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400, paras.186-289.

⁵⁸⁸ Angel Cabrera, Daniel Cerqueira, Salvador Herencia-Carrasco, 'Remarks on the judgment of the Inter-American Court in the Lhaka Honhat vs. Argentina case', (29 July 2020) DPLF Blog, at <https://dplfblog.com/2020/07/29/remarks-on-the-judgment-of-the-inter-american-court-in-the-lhaka-honhat-vs-argentina-case/>

⁵⁸⁹ Diego Mejía Lemos, 'The right to a healthy environment and its justiciability before the Inter-American Court of Human Rights: A critical appraisal of the Lhaka Honhat v Argentina judgement' (2022) 31(2) *Review of European Community & international environmental law* 317-324.

⁵⁹⁰ IACtHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400, Operative Paragraph 7.

⁵⁹¹ IACtHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400, Operative Paragraph 9.

⁵⁹² Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina (Argentina)* (2020), Interpretation of the Merits, Reparations, and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 420.

guarantee the right of communal property.⁵⁹³ In concrete, the representatives of the *Lhaka Honhat Association* asked the IACtHR to clarify⁵⁹⁴ if this form of reparation included the obligation on Argentina to adopt a law on the right to free, prior and informed consultation.⁵⁹⁵

The IACtHR stated that Argentina was responsible for breaching the right to communal property because it did not provide the *Lhaka Honhat Association* the legal title to their territory and it did not consult with them before authorizing the construction of infrastructure projects in their territory.⁵⁹⁶ For the IACtHR, this lack of legal protections contributed to the breach of Indigenous rights. Therefore, the proper fulfillment of the order to adopt the necessary legal measures to protect communal property in Argentina includes the adoption of a law that assures a free, prior, informed, and adequate consultation with Indigenous Peoples⁵⁹⁷.

4.- Relevance of the decisions of the IACtHR for the field of BHR

As stated before, most cases decided by the IACtHR with implications on BHR have focused on extractive industries operating on Indigenous territories.⁵⁹⁸ These decisions have dealt with issues around free, prior, and informed consent, land titles and impact of economic activities to Indigenous ways of life and subsistence.

The cases related to Indigenous Peoples with BHR implications tend to follow a similar pattern: a state authorizes an extractive corporation (usually a mining firm) to begin its activities without any prior consultation with Indigenous Peoples that live in that area and that are the ancestral owners of that land. These cases demonstrated a trend of dubious practices in how mining permits are obtained, usually through the presentation of false documentation, bribery, or taking advantage of loopholes in regulations.

For the field of BHR, the Advisory Opinion and the *Lhaka Honhat* case provide a minimal set of duties on how to protect the right to a healthy environment, including but not limited to the protection of Indigenous Peoples under the ACHR. The Court also refers to the importance of the UNGP, particularly on issues related to extractive industries. For example, AO 23/17 uses the first pillar of the UNGP to reaffirm the duty of the state to protect the right environment as well as to assure that independent monitoring and accountability mechanisms are in place. This is later restated by the IACtHR in the case of the *Miskito Divers* and in *Martina Vera*.

The Court also makes a brief reference to the second pillar of the UNGP, by stating that businesses must respect, prevent, and mitigate negative human rights impacts caused by

⁵⁹³ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina (Argentina)* (2020), Interpretation of the Merits, Reparations, and Costs, resolution 5.

⁵⁹⁴ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina (Argentina)* (2020), Interpretation of the Merits, Reparations, and Costs, para. 2.

⁵⁹⁵ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina (Argentina)* (2020), Interpretation of the Merits, Reparations, and Costs, para. 12.

⁵⁹⁶ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina (Argentina)* (2020), Interpretation of the Merits, Reparations, and Costs, para. 18.

⁵⁹⁷ Inter-Am. Ct. H.R., *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina (Argentina)* (2020), Interpretation of the Merits, Reparations, and Costs, paras 24, 29 and 30.

⁵⁹⁸ Nuria Reguart-Segarra, 'Business, Indigenous Peoples' Rights and Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights' (2019) 4:1 Cambridge Business and Human Rights Journal at 109-130.

their activities. A similar phrasing is later used in *Miskito Divers*. The Advisory Opinion also establishes the duty of states to assure that Environmental Impact Assessments are available so that Indigenous Peoples can make an informed decision on whether to support a development project or not.

In *Lhaka Honhat*, the IACtHR does not use the UNGP but considers that the duty to protect environmental rights of Indigenous Peoples also applies to private individuals. Therefore, "(...) States have the obligation to establish adequate mechanisms to monitor and supervise certain activities in order to ensure human rights, protecting them from actions of public entities and also private individuals".⁵⁹⁹

As per Article 67 of the ACHR, the decisions of the IACtHR are binding and final. The standards set by the Court have significant influence in laws, policies and national litigation in state parties. Under the case law of the Court, the duty to protect includes the need to regulate and prevent adverse impacts on human rights from private activity. Although this principle has been used to determine the scope of Article 1.1 of the ACHR (obligation to respect rights) and Article 2 of the ACHR (domestic legal effects), the application of this norms could take the Court to order different measures of reparations, including -for example- the adoption of mandatory due diligence regulations.

It is important to consider that the decisions included in this paper are not the final word on the right to environment, the protection of dignified conditions of work, the protection of social rights or the protection of Indigenous Peoples. Their importance relies on the fact that these are opening the doors for victims and human rights defenders to engage the IAHRs on issues related to BHR, particularly the UNGP. In these cases, the Court reaffirms the importance of access to justice, access to information and participation of the public on environmental affairs. Although these rights are protected under the ACHR, the case law of the IACtHR provides binding case law to what the state must do to fulfill these rights.

The case law of the IACtHR on social and environment are filling a legislative gap that currently exists in Latin America. Therefore, a case from the IACtHR could eventually have a form of reparation ordering a state to adopt specific laws related to mandatory due diligence by businesses.

To conclude this section, it is important to highlight the entry into force of the Escazú Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean in 22 April 2021. This treaty will contribute to create a legal framework to make states regulate and protect its population from potential negative impacts of business activities.

This treaty is an ambitious regional effort to create a Latin American and Caribbean framework to protect the environment and to assure that Indigenous Peoples do not get disproportionately affected by economic activities. Although it is early to predict the

⁵⁹⁹ IACtHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association (Argentina)* (2020), Merits, Reparations and Costs (Ser. C) No. 400, para. 207.

impact of the Escazú Agreement,⁶⁰⁰ there is no doubt the IACtHR will use this treaty to assess responsibilities of states in relation to the environment, assuring access to information, participation, and access to remedies.

5.- Conclusions and the road ahead

We believe that significant legal change on BHR in Latin America, at least in the short term, will be triggered by the decisions of the IACtHR. As stated in the introduction, the adoption of National Action Plans by some Latin American countries has not materialized in significant legal changes in the region. This does not exclude the possibility that legal change might also happen from the adoption of a Due Diligence Directive by the European Union. But for the purpose of addressing the adverse impacts or violations of human rights perpetrated by private businesses on marginalized groups, the IACtHR is the best positioned to establish concrete state obligations to regulate and prevent such harms.

In the next few years, the IACtHR will decide on important decisions, both contentious cases and advisory opinions, with significant implications on BHR. As a preliminary conclusion, we would like to highlight some of these cases:

- Case of Tagaeri and Taromenani Indigenous Peoples vs. Ecuador: This is the first case where the Court will address the responsibility of the state for breaching the rights of Indigenous Peoples in Voluntary Isolation. This might be the first case the IACtHR may assess the impact of Constitutional economic norms fostering investment to the detriment of Indigenous Peoples living in naturally protected areas. The hearing of the case took place in August 2022 and a decision is expected in the second half of 2023.
- Case of La Oroya rural community vs. Peru: The case focuses on the impact to the rights to health and to a clean environment of a rural community impacted by the functioning of a smelter in their community, located in the Peruvian Central Andes. For more than 100 years, this smelter has carried its activities without any concern for the environmental degradation and impact to the health of the community. For that reason, people have been forced to leave their ancestral territories as the soil was ruined. Those that stayed have a disproportionate number of inhabitants with cardiorespiratory problems and cancer. The hearing of the case took place in October 2022 and a decision is expected in the second half of 2023.
- Advisory Opinion on the firearms industry and human rights: The IACtHR has accepted the request for an Advisory Opinion by Mexico to study the responsibility of private businesses "engaged in the manufacture, distribution, and sale of firearms, in relation to violations of the protection of the rights to life and humane treatment arising from their negligence when developing their commercial activities", as well the duties of state to regulate such activity. Last year, the Mexican government filed lawsuits against firearms companies in U.S.

⁶⁰⁰ *Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazú Agreement)*, 4 March 2018 (entry into force: 22 April 2021).

ENFORCING THE BUSINESS AND HUMAN RIGHTS REGIME: CONTRIBUTIONS FROM
THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

- courts, but these were dismissed. This might be the first time where the IACtHR might have to look closely to activities of private entities to establish state obligations. The IACtHR is accepting the submission of amicus briefs until 10 July 2023, for a decision in early 2024.
- Advisory Opinion on Climate Emergency and Human Rights: The IACtHR has accepted a request for an Advisory Opinion (AO) submitted by Chile and Colombia to determine what are the state duties to address the climate emergency under the ACHR. The questions include issues related to policies to address climate change, access to information, transparency and justice, international cooperation, climate migration and protection of insular and coastal states. The IACtHR is accepting the submission of amicus briefs until 18 August 2023, for a decision in early 2024.

As it can be seen from the cases that have reached the IACtHR, the main legal and policy changes regarding the field of BHR in Latin America will come via the decisions of the IACtHR. This does not condition or limit the possibility for states, particularly those that are party to the ACHR, to adopt laws and policies outside the scope of the IACtHR. However, except for countries adopting National Action Plans, implementation of BHR and the UNGP has been limited. Therefore, it is important for the IAHRs, particularly the IACtHR to continue developing a comprehensive case law that can help states, businesses, and civil society to advocate for BHR norms and policies, including the environment.

**L'interdiction et la répression de la torture dans le système africain des
droits de l'homme: utopie ou mauvaise foi des États ?***Catherine Maia*
André-Marie Gbénou♦**Introduction**

Considérés comme faisant partie des pires atteintes à l'intégrité et à la dignité de l'être humain, la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants font l'objet d'une interdiction universelle et absolue. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les États ont consacré la prohibition de la torture aussi bien au niveau international⁶⁰¹ qu'au niveau des systèmes régionaux des droits de l'homme⁶⁰², ce qui traduit l'attachement profond de la communauté internationale à la sauvegarde de la dignité humaine⁶⁰³. Cette proscription s'applique en toutes circonstances, autrement dit en temps de paix comme en temps de guerre⁶⁰⁴, sans qu'aucune dérogation ne soit acceptée, qu'il s'agisse de l'invocation de l'intérêt général et de la sécurité nationale ou de la dangerosité de la victime et de la gravité de ses crimes.

Bien que la torture soit souvent associée aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ces derniers ne font l'objet d'aucune définition précise dans les instruments internationaux⁶⁰⁵. De la jurisprudence, il est cependant possible de déduire, d'une part, que ces

* La présente contribution est une adaptation d'un article publié en portugais : Catherine Maia, André-Marie Gbénou, 'A proibição e repressão da tortura no sistema africano dos direitos humanos: utopia ou má-fé dos Estados?', *Annuaire africain des droits de l'homme*, vol. 6, 2022, pp. 82-105. Le texte a pu bénéficier des précieux apports de diverses personnes au cours d'un séjour de recherche réalisé en été 2022 à la Cour ADHP par André-Marie Gbénou, ainsi que de riches éclairages de juristes à la Commission ADHP. Aussi, les auteurs tiennent à adresser leurs plus vifs remerciements à Sègnonna Horace Adjolohoun, alors juriste principal en chef à la Cour, à Fidelis M. Katonga, chef de la bibliothèque de la Cour, et spécialement à Anita Bagona, juriste à la Commission.
* Professeure de droit international à l'Université Lusófona (Portugal); Professeure invitée à Sciences Po Paris (France)

♦ Doctorant en droit international à l'Université de Grenoble Alpes (France).

⁶⁰¹ Voir notamment Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, article 5; Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, article 7; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1975; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984.

⁶⁰² Voir notamment Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, article 5; Convention européenne des droits de l'homme de 1950, article 3; Convention américaine des droits de l'homme de 1969, article 5 § 2; Charte arabe des droits de l'homme de 2004, article 8.

⁶⁰³ Voir Édouard Delaplace, 'L'interdiction de la torture: un impératif juridique à défendre', in *Rapport ACAT 2014. Un monde tortionnaire*, Paris, ACAT, 2014, p. 282.

⁶⁰⁴ Voir les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977, plus spécifiquement l'article 3 commun aux Conventions de Genève, les articles 12 et 50 de la 1^{re} Convention, les articles 12 et 51 de la 2^e Convention, les articles 17, 87, 130 de la 3^e Convention, les articles 32 et 147 de la 4^e Convention, l'article 75 § 2(a) et (e) du 1^{er} Protocole et l'article 4 du 2^e Protocole. Voir également le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998, en ses articles 7 § 1(f), 8 § 2(a)(ii) et 8 § 2(c)(i).

⁶⁰⁵ Voir Frédéric Sudre, 'Commentaire de l'article 3 de la Convention', in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (dir.) *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 156.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

peines ou traitements impliquent l'humiliation ou l'avilissement. Ils renvoient à un éventail de pratiques de nature à susciter chez la victime des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir, ou de nature à briser sa résistance physique ou morale⁶⁰⁶ ou à la conduire à se comporter d'une manière contraire à sa volonté ou à sa conscience⁶⁰⁷. D'autre part, les peines ou traitements inhumains doivent atteindre un degré minimal de gravité, en provoquant des lésions corporelles ou des souffrances morales intenses, sans être nécessairement délibérées ou infligées dans un but précis⁶⁰⁸.

Dans le cas de la torture, il s'agit de la forme la plus grave de ces pratiques, infligée délibérément et intentionnellement. Selon l'article 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 – qui demeure le traité international phare en la matière – le terme torture désigne:

‘tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d’obtenir d’elle ou d’une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d’un acte qu’elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d’avoir commis, de l’intimider ou de faire pression sur elle ou d’intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu’elle soit, lorsqu’une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s’étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles’.

Selon cette définition, quatre critères cumulatifs sont essentiels pour qualifier un acte de torture : un degré élevé de douleur ou de souffrances physiques ou mentales ; un caractère intentionnel excluant la simple négligence ; la poursuite d'un but précis, tel que l'obtention d'informations ou d'aveux, la punition ou l'intimidation ; et l'implication d'un agent de la fonction publique ou de toute autre personne agissant dans l'exercice de ses fonctions officielles, à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite, alors que la victime est sous sa garde ou sous son contrôle⁶⁰⁹. En ce sens, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission ADHP) a déclaré que, en dépit de l'absence de définition de la notion de torture dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (Charte ADHP, également connue sous le nom de Charte de Banjul), la torture implique des souffrances physiques et/ou psychologiques aiguës destinées à humilier l'individu ou à le

⁶⁰⁶ Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, requête n° 5310/71, arrêt du 18 janvier 1978, § 167.

⁶⁰⁷ *Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire grecque*, 18 novembre 1969, chapitre IV, p. 186.

⁶⁰⁸ Cour EDH, *Selmouni c. France*, requête n° 25803/94, arrêt du 28 juillet 1999, § 99.

⁶⁰⁹ Le Statut de Rome de la CPI, en son article 7 § 2(e), ne reprend pas la condition de l'implication d'un agent de la fonction publique, se contentant de préciser que la victime doit être une personne sous la garde ou sous le contrôle de celui infligeant la torture. À cet égard, les Chambres africaines extraordinaires ont proclamé que ‘le droit coutumier international n'exige pas que les actes ou omissions constitutifs du crime de torture soient commis “par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite”’ (*Le Procureur général c. Hissène Habré*, arrêt du 30 mai 2016, § 1546). Cette juridiction pénale *ad hoc* avait été créée en 2013 par un accord entre l'Union africaine et le Sénégal, en vue de juger les principaux responsables de crimes internationaux, dont la torture, commis au Tchad du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

forcer à agir contre sa volonté ou sa conscience⁶¹⁰, des éléments objectifs et subjectifs devant être pris en compte⁶¹¹.

L'importance de cette interdiction a conduit à sa reconnaissance⁶¹² comme norme impérative ou de *jus cogens*⁶¹³ du droit international général. Autrement dit, tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les traités pertinents, sont tenus de respecter l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants. En ce sens, dans l'affaire *Furundžija*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a proclamé en 1998 qu'«[e]n raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"⁶¹⁴. Et d'en déduire que 'la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale'⁶¹⁵.

Dans le sillage du TPIY, cette consécration a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) qui, en 2001, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, a admis que 'l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international'⁶¹⁶, ainsi que par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH) qui, en 2003, dans l'affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala*, a précisé que toutes les formes de torture, tant physiques que psychologiques, font l'objet d'une interdiction absolue et indérogeable appartenant aujourd'hui

⁶¹⁰ Voir notamment Commission ADHP: *Spilg and Mack & Ditshwanelo (pour le compte de Lehlohonolo Bernard Kobedi) c. Botswana*, communication n° 277/2003, décembre 2011, § 163 ; *International PEN et autres c. Nigeria*, communications n°s 137/94, 139/94, 154/96 et 161/97, 31 octobre 1998, § 79.

⁶¹¹ Voir Chambres africaines extraordinaires, *Le Procureur général c. Hissène Habré*, arrêt du 30 mai 2016, § 1551: 'Pour évaluer la gravité d'un mauvais traitement, il faut évaluer la gravité objective des souffrances et douleurs infligées, et notamment la nature, le but et la persistance des actes commis. Des critères plus subjectifs, comme l'état de santé mentale et physique de la victime, les conséquences du traitement auquel elle a été soumise, l'âge, le sexe ou l'état de santé de la victime, ou même sa situation d'infériorité sont également pris en compte. Il n'est pas nécessaire que la torture ait laissé des séquelles permanentes ni même que la souffrance soit visible après la commission du crime'.

⁶¹² Concernant la consécration jurisprudentielle des normes impératives, voir notamment Catherine Maia, 'Consécration du *jus cogens*: un dialogue à raviver entre cours internationale et régionales dans l'œuvre de reconnaissance de droits humains impératifs', *Civitas Europa*, vol. 45, 2020, pp. 297-315.

⁶¹³ Selon la définition donnée par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) est 'une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère'.

⁶¹⁴ TPIY, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, arrêt du 10 décembre 1998, § 153. Dans cette affaire, la Cour a déclaré : 'Il est à noter que l'interdiction de la torture édictée par les traités relatifs aux droits de l'homme consacre un droit absolu auquel il ne peut être dérogré, même en situation de crise (il s'ensuit que l'interdiction s'applique également en temps de conflit armé)' (§ 144). Des déclarations similaires peuvent être trouvées dans les jugements rendus dans les affaires *Le Procureur c. Zejnil Delalić et autres* (affaire n° TI-96-21-T, 16 novembre 1998, § 454) et *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et autres* (affaire n° TI 96-23-T et TI-96-23/1, 22 février 2001, § 466).

⁶¹⁵ TPIY, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, § 154.

⁶¹⁶ Cour EDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, § 61. Voir également, dans le même sens, Cour EDH: *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, requête n° 8139/09, arrêt du 17 janvier 2012, § 266; *Nait-Liman c. Suisse*, requête n° 51357/07, arrêt du 15 mars 2018, § 129; *Volodina c. Russie*, requête n° 41261/17, arrêt du 9 juillet 2019, § 8. Pour une vue d'ensemble, voir notamment Andrea Carcano, Tullio Scovazzi, *Upholding the prohibition of torture: the Contribution of the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill, 2023.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

au domaine du *jus cogens*, de sorte que celle-ci ne peut être suspendue même dans les circonstances les plus difficiles, telles que la guerre, la lutte contre le terrorisme, l'état de siège ou d'urgence ou d'autres calamités nationales⁶¹⁷. De même, la Cour internationale de Justice (CIJ) a reconnu en 2012, dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, que 'l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*). Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (...), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États ; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales'⁶¹⁸. C'est dans le même sens que les Chambres africaines extraordinaires, dans l'affaire *Hissène Habré*, ont également proclamé en 2016 que 'cette prohibition absolue, à laquelle il ne peut être dérogé en aucun cas, est énoncée en de nombreux instruments internationaux', constituant désormais une norme coutumière et de *jus cogens*⁶¹⁹. Dans le système africain des droits de l'homme, si la prohibition de la torture n'a pas été explicitement consacrée comme une norme impérative⁶²⁰, elle s'insère néanmoins comme une norme absolue⁶²¹ dans un cadre normatif et institutionnel qui contraste fortement avec l'ampleur des violations constatées. Compte tenu de ce contraste, et du recours par les États à la pratique de la torture et autres traitements cruels, il convient de se demander si l'interdiction et la répression de la torture relèvent d'une utopie ou si elles mettent en exergue la mauvaise foi des États qui ne respectent pas leurs obligations internationales. Ce questionnement nous amènera, tour à tour, à exposer le cadre normatif et institutionnel visant à lutter contre ce fléau en Afrique, à présenter un panorama de la situation sur le continent africain, à pointer du doigt les défaillances nationales dans la mise en œuvre, pour terminer par la proposition de recommandations.

1. Cadre normatif et institutionnel de l'interdiction de la torture en Afrique

Si la Convention contre la torture de 1984 pose les fondements qui encadrent l'interdiction et la répression de la torture au niveau international, le système africain des droits de l'homme a repris ces fondements au niveau régional en consacrant les obligations qui incombent aux États en matière de prévention et de répression des actes de torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

1.1. Instruments concernant la torture dans le système africain des droits de l'homme
À l'instar d'autres instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, la Charte ADHP consacre la prohibition de la torture en son article 5, lequel dispose :

⁶¹⁷ Cour IDH, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, arrêt du 27 novembre 2003, Série C n° 103, §§ 89 et 92. Voir également, dans le même sens, Cour IDH : *Valenzuela Ávila c. Guatemala*, arrêt du 11 octobre 2019, Série C n° 386, § 180 ; *Azul Rojas Marin et autre c. Pérou*, arrêt du 12 mars 2020, Série C n° 402, § 140.

⁶¹⁸ CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt du 20 juillet 2012, *CIJ Recueil 2012*, § 99.

⁶¹⁹ Chambres africaines extraordinaires, *Le Procureur général c. Hissène Habré*, arrêt du 30 mai 2016, § 1541.

⁶²⁰ En 2011, dans l'affaire *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights c. Égypte*, la Commission ADHP s'est contentée d'énoncer l'argument des plaignants selon lequel l'interdiction de la torture est une norme impérative, sans toutefois reprendre le qualificatif à son compte (communication n° 334/06, 1^{er} mars 2011, § 110).

⁶²¹ Voir en ce sens : Cour ADHP, *Armand Guehi c. Tanzanie*, fond et réparations, arrêt du 7 décembre 2018, § 131 ; Cour ADHP, *Lucien Ikili Rashidi c. Tanzanie*, fond et réparations, arrêt du 28 mars 2019, § 88 ; Commission ADHP, *Huri-Laws c. Nigeria*, communication n° 225/98, 6 novembre 2000, § 41 ; Commission ADHP, *Abdel Hadi, Ali Radi et autres c. Soudan*, communication n° 368/09, 5 novembre 2013, § 69. Voir également la Convention contre la torture, article 2 § 2 et les Lignes directrices de Robben Island, § 9.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

‘Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d’exploitation et d’avilissement de l’homme, notamment l’esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels, inhumains ou dégradants sont interdits’⁶²².

Au-delà de ce texte central du système africain des droits de l’homme, la proscription de la torture est également inscrite dans plusieurs autres traités africains relatifs aux droits humains protégeant certaines catégories de personnes.

Ainsi, la Charte africaine des droits et du bien-être de l’enfant de 1990, en son article 16 dédié à la protection contre les abus et les mauvais traitements, déclare :

‘Les États parties à la présente Charte prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives spécifiques pour protéger l’enfant contre toute forme de tortures, traitements inhumains et dégradants, et en particulier toute forme d’atteinte ou d’abus physique ou mental, de négligence ou de mauvais traitements, y compris les sévices sexuels, lorsqu’il est confié à la garde d’un parent, d’un tuteur légal, de l’autorité scolaire ou de toute autre personne ayant la garde de l’enfant’ (§ 1).

En vertu de cet article, il appartient aux États parties de mettre en place des mesures de protection comprenant :

‘des procédures effectives pour la création d’organismes de surveillance spéciaux chargés de fournir à l’enfant et à ceux qui en ont la charge le soutien nécessaire ainsi que d’autres formes de mesures préventives, et pour la détection et le signalement des cas de négligences ou de mauvais traitements infligés à un enfant, l’engagement d’une procédure judiciaire et d’une enquête à ce sujet, le traitement du cas et son suivi’ (§ 2).

En outre, le Protocole de 2003 à la Charte ADHP relatif aux droits de la femme en Afrique⁶²³, en son article 4, garantit à toute femme le ‘droit au respect de sa vie, de son intégrité physique et à la sécurité de sa personne’, ajoutant que ‘[t]outes formes d’exploitation, de punition et de traitement inhumain ou dégradant doivent être interdites’ (§ 1)⁶²⁴.

Par ailleurs, le Protocole à la Charte ADHP sur les droits des personnes âgées en Afrique, adopté en 2016, fait référence à l’interdiction de la torture dans son préambule, en se référant à la Convention de l’ONU de 1984. Parmi ses dispositions, l’article 8 demande aux États parties d’interdire et de criminaliser les pratiques traditionnelles néfastes qui affectent le bien-être, la santé, la vie et la dignité des personnes âgées. De même, le Protocole à la Charte ADHP sur les droits des personnes handicapées en Afrique, adopté en 2018, interdit dans son article 10 que les personnes handicapées soient soumises à la torture et à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et impose aux États parties l’obligation de prendre des mesures pour lutter contre ces pratiques, ainsi que l’obligation d’enquêter et de poursuivre les auteurs de ces actes. L’article 11 interdit, au surplus, les pratiques nuisibles perpétrées à l’encontre des

⁶²² Cet article 5 peut être rapproché de l’article 4 de la Charte ADHP sur le droit au respect de l’intégrité physique et morale. Pour un commentaire de l’article 5, voir ‘Article 5: Prohibition of torture and cruel, inhuman and degrading treatment’, in Rachel Murray, *The African Charter on Human and Peoples’ Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 132-183 ; Benedita Mac Crorie, ‘Artigo 5’, in Patrícia Jerónimo, Rui Garrido, Maria de Assunção do Vale Pereira (coord.), *Comentário lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, Braga, Observatório lusófono dos direitos humanos da Universidade do Minho (OLDHUM), 2018, pp. 79-85.

⁶²³ Protocole de Maputo adopté sous l’égide de l’Union africaine le 11 juillet 2003 et entré en vigueur le 25 novembre 2005.

⁶²⁴ Dans ce même article 4, un long paragraphe 2 prévoit que les États s’engagent à prendre une série de ‘mesures appropriées et effectives’ en vue, entre autres, d’adopter ou renforcer les lois interdisant les violences contre les femmes, de prévenir et éliminer les causes de ces violences, ou encore de réprimer les auteurs de telles violences.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

personnes handicapées. Bien que ces deux protocoles ne soient pas encore entrés en vigueur, ils témoignent d'une prise de conscience par l'Union africaine de la nécessité d'interdire la torture sur les personnes les plus vulnérables et sous toutes ses formes.

Enfin, dans le cadre de sa mission de promotion et de protection des droits humains, et pour renforcer la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte ADHP et des autres instruments contre la torture, la Commission ADHP a décidé, en 2002, d'adopter les Lignes directrices et mesures d'interdiction et de prévention de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en Afrique, connues sous le nom de 'Lignes directrices de Robben Island'⁶²⁵. Le document, qui compte une cinquantaine d'articles, est divisé en trois parties principales relatives à la prohibition de la torture, à la prévention de la torture et à la réhabilitation des victimes.

1.2. Mandat du Comité pour la prévention de la torture en Afrique

Dans le système africain de protection des droits de l'homme, le respect des dispositions conventionnelles interdisant la torture est assuré respectivement par la Commission ADHP, la Cour ADHP et le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE). Par ailleurs, lors de sa 35^e session ordinaire en mai-juin 2004, la Commission ADHP a décidé de créer un Comité de suivi en tant qu'organe spécifique chargé de diffuser et de promouvoir les Lignes directrices de Robben Island et, plus généralement, de l'aider à traiter efficacement la question de la torture en Afrique. À la faveur de la 46^e session ordinaire de la Commission tenue en novembre 2009, ce comité de suivi est devenu le Comité pour la prévention de la torture en Afrique (CPTA)⁶²⁶.

Le CPTA a le mandat suivant : organiser, avec le soutien d'autres partenaires intéressés, des séminaires de diffusion des Lignes directrices de Robben Island auprès des acteurs nationaux et internationaux ; élaborer et proposer à la Commission ADHP des stratégies de promotion et de mise en œuvre des Lignes directrices de Robben Island aux niveaux national et régional ; promouvoir et faciliter l'application des Lignes directrices de Robben Island dans les États membres ; et soumettre, à chaque session ordinaire, un rapport à la Commission ADHP sur l'état de mise en œuvre des Lignes directrices de Robben Island⁶²⁷. Dans ce mandat, deux missions apparaissent centrales : l'interdiction et la prévention de la torture, qui constituent respectivement la première et la deuxième partie du document⁶²⁸.

1.2.1. Dans son volet sur l'interdiction de la torture

Les recommandations relatives à l'interdiction de la torture contenues dans les Lignes directrices de Robben Island donnent des indications aux États sur la mise en œuvre de leurs obligations positives et négatives.

⁶²⁵ Formellement, les Lignes directrices de Robben Island ont été adoptées par la Commission ADHP lors de sa 32^e session ordinaire en octobre 2002 (Résolution CADHP/Res.61(XXXII)02), puis approuvées par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine, tenue à Maputo (Mozambique), en juillet 2003. Géographiquement, le lieu d'adoption du texte à Robben Island est hautement symbolique, puisque c'est dans la prison construite sur cette île que Nelson Mandela a été détenu durant plusieurs années, avec d'autres opposants à la politique d'apartheid de l'Afrique du Sud.

⁶²⁶ Ce changement de dénomination, opéré avec l'adoption de la Résolution CADHP/Res.158(XLVI)09 lors de la 46^e session ordinaire de la Commission africaine en 2009, a été motivé par les difficultés qu'avaient les parties intéressées à associer le nom du Comité à son mandat de lutte contre la torture.

⁶²⁷ Commission ADHP, Résolution CADHP/Res.61(XXXII)02, 2002.

⁶²⁸ Une troisième et dernière partie, plus brève, vise à répondre aux besoins des victimes, ce qui implique pour les États la prise de mesures pour assurer leur protection et pour leur accorder une réparation.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

Au titre des obligations positives, les Lignes directrices de Robben Island invitent les États, tout d'abord, à ratifier les divers instruments internationaux et régionaux relatifs à l'interdiction des actes de torture. Parmi ceux-ci, est notamment préconisée la ratification du Protocole à la Charte ADHP instituant la Cour ADHP, la Convention des Nations Unies contre la torture dont les États devraient accepter la compétence du Comité contre la torture, et le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale.

Les États sont également invités à promouvoir et à soutenir la coopération internationale avec les divers mécanismes œuvrant pour l'interdiction de la torture, que ce soit au niveau africain avec la Commission ADHP, le Rapporteur spécial sur les prisons et les conditions de détention en Afrique, le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires en Afrique⁶²⁹ et le Rapporteur spécial sur les droits des femmes en Afrique, ou que ce soit au niveau onusien avec les organes de traités des droits de l'homme et les mécanismes spécifiques du Conseil des droits de l'homme, dont le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette coopération, visant à renforcer les synergies et la dynamique de complémentarité entre les mécanismes existants, a été réalisée à plusieurs reprises par le CPTA, qui travaille avec d'autres organismes internationaux et régionaux pour lutter contre la torture. La déclaration conjointe du 26 juin 2018, adoptée à l'occasion de la Journée internationale pour le soutien aux victimes de la torture, en est une illustration⁶³⁰.

Par ailleurs, les États sont appelés à adopter des mesures législatives pour criminaliser les actes de torture tels que définis à l'article 1^{er} de la Convention contre la torture de 1984. Concrètement, cela implique l'adoption de lois criminalisant les actes de torture et conférant aux tribunaux nationaux la compétence de juger les cas de violations présumées. L'interdiction de la torture étant absolue, elle n'est pas susceptible d'être mise en balance avec d'autres droits et aucune circonstance exceptionnelle ne peut être invoquée pour justifier un acte de torture⁶³¹. En outre, conformément au principe *aut dedere aut judicare*, toute personne soupçonnée d'actes de torture doit être jugée ou extradée⁶³², le procès ou l'extradition devant avoir lieu dans les plus brefs délais⁶³³. À cet égard, le Comité contre la torture, se basant sur la Convention contre la torture de 1984⁶³⁴, a eu l'occasion de rappeler l'obligation des États de sanctionner les actes de torture, même si les auteurs ne sont pas leurs propres citoyens ou qu'ils n'ont pas commis ces actes sur leur territoire. Cela implique que l'État juge l'auteur sur la base de la compétence universelle ou l'extrade⁶³⁵.

⁶²⁹ Les liens entre la torture et les exécutions extrajudiciaires ont été mis en lumière dans plusieurs décisions de la Commission ADHP. Voir en particulier : *Organisation mondiale contre la torture et autres c. Rwanda*, communications n^{os} 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, octobre 1996 ; *Spilg et Mack & Ditshwanelo (pour le compte de Lehlohonolo Bernard Kobedi) c. Botswana*, communication n^o 277/03, décembre 2011, § 167 (les exécutions extrajudiciaires peuvent constituer des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants).

⁶³⁰ À cette occasion, une déclaration commune a été faite entre, d'une part, le Comité des Nations Unies contre la torture, le Sous-Comité des Nations Unies pour la prévention de la torture, le Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour les victimes de la torture et le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, d'autre part, le Comité pour la prévention de la torture en Afrique, la Commission interaméricaine des droits de l'homme et le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

⁶³¹ Lignes directrices de Robben Island, § 9 : 'Aucune circonstance exceptionnelle, comme l'état de guerre ou la menace de guerre, l'instabilité politique à l'intérieur du pays ou toute autre situation d'urgence publique, ne peut être invoquée pour justifier la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants'.

⁶³² *Ibid.*, § 7.

⁶³³ *Ibid.*, § 8.

⁶³⁴ Convention contre la torture, article 5.

⁶³⁵ Voir la décision du Comité contre la torture à propos du procès de Hissène Habré au Sénégal, *Suleymane Guengueng et autres c. Sénégal*, communication n^o 181/2001, ONU doc. CAT/C/36/D/181/2001, 19 mai 2006.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

Toujours parmi les obligations positives, dans un objectif de lutte contre l'impunité, un certain nombre de recommandations sont faites aux États, dont l'adoption de dispositions visant à ce que les auteurs d'actes de torture soient poursuivis, qu'ils ne bénéficient pas d'une immunité de poursuites lorsqu'il s'agit de ressortissants nationaux et que cette immunité soit aussi restreinte que possible lorsqu'il s'agit de ressortissants étrangers y ayant droit.

Enfin, au titre des obligations négatives, loin de l'abondance caractérisant les obligations positives, on n'en dénombre qu'une seule. L'unique obligation négative liée au volet de l'interdiction de la torture concerne le principe de non-refoulement. L'interdiction de la torture à laquelle sont tenus les États implique également qu'ils ne doivent pas expulser ou extraditer une personne vers un État sur le territoire duquel il existe un risque sérieux qu'elle soit soumise à la pratique de la torture⁶³⁶.

1.2.2. Dans son volet sur la prévention de la torture

Une autre importante mission du CPTA tient à la prévention de la torture. Comme l'a reconnu le Comité des droits de l'homme, ce volet préventif est essentiel en ce qu'il complète le volet de l'interdiction⁶³⁷. Tous les systèmes de protection des droits de l'homme, que ce soit au niveau international ou régional, contiennent ce volet de prévention, que la jurisprudence a également reconnu⁶³⁸.

Les prescriptions de prévention de la torture imposent aux États qu'ils garantissent que les individus soient respectés dans leur intégrité physique, qu'il s'agisse de personnes privées de liberté ou de personnes en détention provisoire.

Concernant les personnes privées de liberté, les Lignes directrices de Robben Island demandent aux États de prévoir des garanties en vue d'éviter tout arbitraire et toute marginalisation⁶³⁹. Elles recommandent, en particulier, que toute détention soit soumise à une réglementation, afin de se conformer au principe de la légalité des délits et des peines. La réglementation en question devra prévoir des garanties, notamment : le droit à ce qu'un membre de la famille ou une autre personne appropriée soit informée, le droit d'être examiné par un médecin, le droit d'avoir un avocat, ainsi que le droit d'être informé de ses droits dans une langue qui soit comprise.

Concernant les personnes en détention préventive, il revient aux États de mettre en place certaines garanties⁶⁴⁰, à commencer par l'adoption de réglementations sur le traitement des personnes privées de liberté, qui soient conformes aux standards posés par l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (1988). En outre, les États devraient lutter contre l'existence de lieux de détention secrets ou non officiels, ce qui implique la mise en place de registres

⁶³⁶ Lignes directrices de Robben Island, § 15.

⁶³⁷ En ce sens, dans son Observation générale n° 20 (1992), le Comité des droits de l'homme a affirmé, concernant l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdisant les expériences médicales ou scientifiques réalisées sans le libre consentement de la personne concernée, qu'"une protection spéciale contre de telles expériences est nécessaire dans le cas des personnes qui sont dans l'incapacité de donner valablement leur consentement, en particulier celles qui sont soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement" (§ 7). Et d'ajouter : "Il ne suffit pas, pour respecter l'article 7, d'interdire ces peines ou traitements, ni de déclarer que leur application constitue un délit. Les États parties doivent faire connaître au Comité les mesures législatives, administratives, judiciaires et autres qu'ils prennent pour prévenir et réprimer les actes de torture" (§ 8).

⁶³⁸ Concernant l'obligation de prévention de la torture, voir notamment : Cour ADHP, *Alex Thomas c. Tanzanie*, fond, arrêt du 20 novembre 2015, § 144 ; Cour EDH, *A. c. Royaume-Uni*, requête n° 100/1997/884/1096, arrêt du 23 septembre 1998, § 22.

⁶³⁹ Lignes directrices de Robben Island, § 20.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, §§ 21-32.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

officiels de toutes les personnes privées de liberté. Toute déclaration qui serait établie par l'usage de la torture devrait être écartée comme élément de preuve dans une procédure. Toute personne arrêtée devrait être immédiatement informée des charges portées contre elle et avoir la faculté d'en contester la légalité devant un juge. De même, elle devrait pouvoir accéder à l'assistance juridique et aux services médicaux.

Par ailleurs, les États devraient prendre les mesures nécessaires pour garantir des conditions de détention dignes⁶⁴¹. À cet égard, les Lignes directrices de Robben Island précisent que les États devraient traiter les personnes privées de liberté conformément aux normes internationales contenues dans l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus ou Règles Nelson Mandela (1955, révisé en 2015). Il s'agit d'une exigence standard que doivent respecter tous les États parties à la Charte africaine. Dès lors, là où les conditions de détention ne sont pas conformes aux normes internationales, les États devraient agir pour les améliorer.

L'un des points phares des Lignes directrices de Robben Island concernant les conditions de détention réside dans la recommandation à ce que les personnes en détention préventive soient distinguées et séparées des personnes reconnues coupables⁶⁴². Aucune confusion ne devrait être faite entre ces deux types d'individus, la personne reconnue coupable, contrairement à la personne en détention préventive, ayant été jugée et condamnée. De même, les enfants⁶⁴³, les femmes et les personnes vulnérables devraient être distingués du reste des individus incarcérés, afin de les détenir dans des locaux séparés et appropriés, de manière à garantir leur sécurité⁶⁴⁴. Le volet préventif des Lignes directrices de Robben Island implique également l'existence de mécanismes de surveillance et un renforcement des capacités de la société civile. Concernant les mécanismes de surveillance⁶⁴⁵, il est demandé aux États de garantir l'indépendance et l'impartialité de la magistrature en prenant des mesures inspirées des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature (1985), le but étant d'empêcher toute ingérence lors de poursuites judiciaires et de promouvoir des mécanismes de plaintes efficaces, accessibles et indépendants. Les visites des lieux de détention devraient être encouragées et facilitées pour les institutions nationales indépendantes, telles que les commissions de droits de l'homme, les ombudsmans ou les commissions parlementaires, mais aussi pour les organisations non gouvernementales (ONG) et pour le Sous-Comité contre la torture. Concernant le renforcement des capacités nationales⁶⁴⁶, il est recommandé aux États de mettre en place auprès de la population des programmes de formation et des campagnes de sensibilisation sur les normes des droits humains, tout spécialement en matière d'interdiction et de prévention de la torture, mais aussi de promouvoir auprès des personnels chargés de la sécurité et de l'application de la loi des codes de conduite et d'éthique.

2. Panorama de la situation de la torture en Afrique

⁶⁴¹ *Ibid.*, §§ 33-44.

⁶⁴² *Ibid.*, § 35.

⁶⁴³ La privation de liberté des enfants doit être une mesure de dernier recours, un ensemble de mesures alternatives devant être disponible pour garantir leur bien-être. Dans les cas où la détention des enfants est absolument nécessaire, elle devrait être appliquée pour la période la plus courte possible et viser leur réadaptation et leur réinsertion dans la société. Voir, à cet égard, l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.

⁶⁴⁴ Lignes directrices de Robben Island, § 36.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, §§ 38-44.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, §§ 47-48

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

Au-delà des rapports que les États parties à la Charte africaine sont tenus de soumettre pour présenter les progrès réalisés dans l'application des dispositions de ladite Charte⁶⁴⁷, ainsi que les rapports alternatifs et complémentaires des ONG et des institutions nationales des droits de l'homme, un panorama de la situation de la torture en Afrique peut être retracé en s'appuyant, d'une part, sur le niveau des ratifications des instruments pertinents par les États, d'autre part, sur les plaintes portées devant les instances supranationales africaines.

2.1. À travers le niveau des ratifications des instruments pertinents

Les Lignes directrices de Robben Island invitent les États africains à ratifier les divers instruments internationaux et régionaux pertinents des droits de l'homme et à mettre en place les dispositifs nécessaires pour leur application effective⁶⁴⁸. Il s'avère, dès lors, utile de présenter l'état des ratifications par les États africains des textes pertinents relatifs à la torture, ce niveau de ratifications constituant l'un des vecteurs d'analyse de la situation de la torture en Afrique.

La Convention contre la torture de 1984 a été ratifiée par un nombre remarquable de 52 États africains⁶⁴⁹. Cette Convention a été complétée par un Protocole facultatif, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 2002 et entré en vigueur le 22 juin 2006. 'Convaincus que la protection des personnes privées de liberté contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants peut être renforcée par des moyens non judiciaires à caractère préventif, fondés sur des visites régulières sur les lieux de détention'⁶⁵⁰, les États parties ont convenu d'adopter ce Protocole dont l'objectif est 'l'établissement d'un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants'⁶⁵¹. Le rôle central de ce système est confié, d'une part, aux mécanismes nationaux de prévention indépendants au niveau interne⁶⁵², d'autre part, au Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants au niveau international⁶⁵³.

Deux remarques s'imposent ici. *Primo*, seulement 23 États africains ont ratifié le Protocole facultatif, ce qui reflète un niveau d'adhésion assez faible par rapport à la ratification de la Convention contre la torture⁶⁵⁴. *Secundo*, même parmi les États africains parties au Protocole facultatif, tous n'ont pas mis en place un mécanisme national de prévention l'année suivant leur ratification ou adhésion⁶⁵⁵, bien qu'il s'agisse d'une préconisation que l'on retrouve également dans les Lignes directrices de Robben Island. Ce double constat met en exergue une

⁶⁴⁷ Charte ADHP, article 62.

⁶⁴⁸ Lignes directrices de Robben Island, § 1.

⁶⁴⁹ Source : ONU, collection des traités (<https://treaties.un.org>). Au 1^{er} juillet 2023, parmi les 54 États africains membres des Nations Unies, seuls la Tanzanie et le Zimbabwe n'ont ni ratifié ni signé la Convention contre la torture.

⁶⁵⁰ Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, préambule.

⁶⁵¹ *Ibid.*, article 1^{er}.

⁶⁵² *Ibid.*, article 17.

⁶⁵³ *Ibid.*, article 2.

⁶⁵⁴ Au 1^{er} juillet 2023, il s'agit des États suivants : Afrique du Sud, Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cap-Vert, Gabon, Ghana, Liberia, Madagascar, Maroc, Mali, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Niger, Nigeria, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Rwanda, Sénégal, Soudan, Togo, Tunisie. Source : ONU, collection des traités (<https://treaties.un.org>).

⁶⁵⁵ En 2023, on dénombre 14 États africains ayant mis en place de tels mécanismes : Afrique du Sud, Burkina Faso, Cap-Vert, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Niger, Nigeria, Rwanda, Sénégal, Togo, Tunisie. Source : Association pour la prévention de la torture (<https://www.apr.ch>).

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

mauvaise foi criarde de la part des États africains à s'engager résolument sur le chemin de la lutte contre la torture. Aussi, la Commission africaine, lors de ses visites visant à promouvoir les droits humains, n'a de cesse d'interroger les États sur les progrès réalisés, notamment sur les avancées dans leur combat contre la torture. Si les États n'ayant pas encore adopté de mécanisme de prévention national promettent généralement d'adopter un tel mécanisme, force est de constater un *statu quo*.

2.2. À travers les plaintes auprès des instances supranationales africaines

Les plaintes dont sont saisies les instances supranationales africaines peuvent également être utiles pour élaborer un panorama de la situation de la torture sur le continent. À cet égard, des requêtes concernant des allégations d'actes de torture, en violation de la Charte ADHP, peuvent être déposées auprès de la Commission africaine, organe quasi-judiciaire, ou auprès de la Cour africaine, organe judiciaire. À ce jour, l'une comme l'autre ont été appelées à se prononcer sur des allégations de torture et de traitements cruels, inhumains ou dégradants et l'une comme l'autre ont également facilité la charge de la preuve pour les plaignants, spécialement dans les contextes délicats où ils étaient en détention ou sous le contrôle de la police⁶⁵⁶.

2.2.1. Devant la Commission ADHP

La Commission ADHP a une compétence *ratione personae* pour examiner les communications qui lui sont soumises par les États parties à la Charte ADHP⁶⁵⁷ et par des individus dont les droits en vertu de la Charte ADHP ont été violés.

La Commission ADHP peut recevoir des communications soumises par un État qui estime qu'un autre État partie aurait violé une ou plusieurs dispositions de la Charte ADHP⁶⁵⁸. Des recours interétatiques peuvent ainsi être introduits par un État dont un ressortissant a été victime de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants par les autorités et sur le territoire d'un autre État. Des recours interétatiques peuvent également être introduits par un État partie à la Charte ADHP qui considère qu'un autre État partie aurait violé la prohibition de la torture consacrée à l'article 5 de ladite Charte, une telle prohibition étant une obligation *erga omnes*⁶⁵⁹. À notre connaissance, la Commission africaine a déjà connu au moins un cas de recours interétatique en la matière dans l'affaire *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda*. Dans cette espèce, la République démocratique du Congo avait formulé des allégations de violations graves et massives des droits humains commises par les forces armées des trois États défendeurs dans les provinces congolaises touchées par un mouvement

⁶⁵⁶ Voir notamment : Commission ADHP, communication n° 334/06, *Egyptian Initiative for Personal Rights and Interights c. Egypt*, 3 mars 2011, §§ 168-169 ('*It is a well established principle of international human rights law, that when a person is injured in detention or while under the control of security forces, there is a strong presumption that the person was subjected to torture or ill-treatment*' ; '*The context of the victims incommunicado detention and interrogation is such that available evidence is necessarily limited*', si bien que la charge de la preuve incombe à l'État défendeur) ; Cour ADHP, *Léon Mugesera c. Rwanda*, fond, arrêt du 27 novembre 2020, § 84 (la charge de la preuve des allégations de mauvais traitements peut être renversée si le requérant apporte des éléments de preuve *prima facie* à l'appui de ses allégations).

⁶⁵⁷ Au 1^{er} juillet 2023, sur les 55 États membres de l'Union africaine, seul le Maroc n'a pas ratifié la Charte ADHP. Source : Union africaine (<https://au.int/en/treaties>).

⁶⁵⁸ Charte ADHP, articles 48-49.

⁶⁵⁹ Les obligations *erga omnes* découlent de normes protégeant des intérêts essentiels de la communauté internationale, si bien que tous les États ont un intérêt juridique à leur respect. Voir TIIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil 1970*, §§ 33-34.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

de rébellion depuis août 1998 et qu'elle imputait à ces mêmes États. À cette occasion, la Commission a rappelé que l'article 75 § 2 du Premier Protocole aux Conventions de Genève interdit une série d'actes, en tout temps et en tout lieu, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires, dont 'la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale'⁶⁶⁰. Outre les communications interétatiques, la Commission peut recevoir des communications émanant d'individus ou d'ONG, à condition qu'elles concernent une violation présumée d'une ou plusieurs dispositions de la Charte ADHP par un État partie et qu'elles interviennent après épuisement des mécanismes nationaux⁶⁶¹. Au cours des 25 premières années de son existence, la Commission a été saisie de 67 communications invoquant des violations du droit de ne pas être soumis à la torture et à d'autres formes de mauvais traitements⁶⁶².

Au fil de sa jurisprudence, la Commission a apporté d'utiles précisions quant à l'interprétation de l'article 5 de la Charte. Elle a notamment considéré que le fait de détenir des personnes sans leur permettre de communiquer avec leurs familles et de refuser d'informer celles-ci de la détention de leurs proches constitue un traitement inhumain aussi bien pour les détenus eux-mêmes que pour leur famille⁶⁶³. Elle a également considéré que sont contraires à l'article 5 de la Charte africaine des conditions de détention permettant une atteinte à l'intégrité physique et psychologique des détenus⁶⁶⁴, de même que tout acte conduisant à une disparition forcée qui 'soustrait la victime de cet acte à la protection de la loi et cause de graves souffrances à la victime elle-même et à sa famille'⁶⁶⁵.

La Commission a encore proclamé que : 'L'article 5 interdit non seulement la torture, mais aussi le traitement cruel, inhumain ou dégradant. Cela comprend, non seulement des actes qui causent de graves souffrances physiques ou psychologiques, mais aussi ceux qui humilient la personne ou la forcent à agir contre sa volonté ou sa conscience'⁶⁶⁶. Plusieurs affaires ont été appréciées en ce sens par la Commission, qu'il s'agisse de communications sur des violations de la dignité humaine⁶⁶⁷, les conditions de détention et d'incarcération provisoire⁶⁶⁸, le cas de

⁶⁶⁰ Commission ADHP, *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda*, communication n° 227/99, 29 mai 2003, § 71.

⁶⁶¹ Charte ADHP, article 55.

⁶⁶² Commission ADHP, *Rapport d'activités du 25^e anniversaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, 52^e session ordinaire, Yamoussoukro (Côte d'Ivoire), 9-22 octobre 2012, p. 97.

⁶⁶³ Voir notamment Commission ADHP : *John K. Modise c. Botswana*, communication n° 97/93, avril 1997, § 32 (la Commission a déduit des faits de l'espèce un traitement inhumain et dégradant : 'Le plaignant a été déporté vers l'Afrique du Sud et a été obligé de vivre pendant huit ans dans le Bantoustan du Bophuthatswana et ensuite sept autres années dans un *no man's land* entre l'ancien Bantoustan sud-africain du Bophuthatswana et le Botswana. Il a été non seulement exposé à des souffrances personnelles, mais aussi privé de sa famille qui a également été privée de son soutien') ; *Huri-Laws c. Nigeria*, communication n° 225/98, 6 novembre 2000, § 40 (le refus à une personne détenue d'être en contact avec le monde extérieur et d'avoir accès à des soins médicaux constitue un traitement cruel, inhumain et dégradant).

⁶⁶⁴ Commission ADHP, *Organisation mondiale contre la torture et autres c. Rwanda*, communications n°s 27/89, 49/91, 99/93, octobre 1996, §§ 24-25.

⁶⁶⁵ Commission ADHP, *Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso*, communication n° 204/97, avril-mai 2001, § 44.

⁶⁶⁶ Commission ADHP, *International PEN et autres*, communications n°s 137/94, 139/94, 161/97, 31 octobre 1988, § 79.

⁶⁶⁷ Commission ADHP, *Purohit et Moore c. Gambie*, communication n° 241/2001, 15 mai 2003, § 57.

⁶⁶⁸ Les violations alléguées portent aussi bien sur la mauvaise conduite des agents officiels que sur les conditions physiques ou psychologiques, comme l'accès à l'alimentation ou à des soins médicaux. Voir notamment Commission ADHP : *International PEN et autres c. Nigeria*, communications n°s 137/94, 139/94, 161/97, 31 octobre 1988, §§ 79-81 (un détenu et ses codétenus étaient battus, attachés aux murs des cellules et privés de soins médicaux) ; *Huri-Laws c. Nigeria*, communication n° 225/98, 6 novembre 2000, § 41 (déli de soins médicaux).

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

détenus souffrant de troubles psychologiques⁶⁶⁹, ou encore de châtiments corporels judiciaires⁶⁷⁰, tels que le fait d'être maintenu bras et jambes suspendus enchaînés et de subir des mauvais traitements, notamment des coups, et d'être détenu dans des cellules sales et mal ventilées sans accès à des soins médicaux⁶⁷¹.

Au-delà de la jurisprudence développée par la Commission africaine, quelques lignes doivent être également consacrées aux appels urgents. Cette procédure fait office de mécanisme de prévention lorsque le CPTA – en tant que mécanisme spécial de la Commission – reçoit de la part de celle-ci des informations crédibles et pertinentes émanant d'individus ou d'ONG et concernant des situations urgentes de violations graves ou massives de droits humains, lesquelles risquent de causer des préjudices irréparables⁶⁷². Chaque année, le CPTA reçoit une multitude d'interpellations provenant d'individus ou d'ONG dénonçant des situations graves d'atteintes alléguées à l'interdiction de la torture ou des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants.

La pratique du CPTA, lorsqu'il reçoit des allégations d'actes de torture ou de mauvais traitements, consiste à rédiger une lettre d'appel urgent aux autorités étatiques concernées, leur demandant de prévenir ou de faire cesser les violations et de fournir des explications circonstanciées sur lesdites allégations dans un délai raisonnable. Les réponses reçues, lorsqu'elles existent⁶⁷³, sont alors reprises dans les rapports d'activités que la Commission présente aux organes délibérants de l'UA.

2.2.2. *Devant la Cour ADHP*

La Cour africaine a été plusieurs fois saisie sur la base de l'article 5 de la Charte africaine. Toutefois, jusqu'à présent, si elle a déjà reconnu des cas de violation de cet article, elle n'a pas conclu à l'existence avérée d'actes de torture. À cet égard, il faut remarquer que le nombre de requêtes ne reflète pas la réalité des cas de torture au niveau des États. En effet, en raison de l'obstacle posé par la compétence facultative de la Cour africaine⁶⁷⁴, seules sont admises les requêtes dirigées contre les États qui ont à la fois ratifié le Protocole portant sa création et

⁶⁶⁹ Commission ADHP, *Purohit et Moore c. Gambie*, communication n° 241/2001, mai 2003, § 59 (concernant des malades détenus en unité psychiatrique, le fait d'étiqueter 'les personnes souffrant de maladie mentale comme des "démésurés" et des "idiots", termes qui, sans nul doute, les déshumanise et leur dénie toute forme de dignité' est une violation de l'article 5 de la Charte africaine).

⁶⁷⁰ Voir Commission ADHP, *Curtis Francis Doebber c. Soudan*, communication n° 236/2000, mai 2003, § 42 ('*There is no right for individuals, and particularly the government of a country to apply physical violence to individuals for offences. Such a right would be tantamount to sanctioning State sponsored torture under the Charter and contrary to the very nature of this human rights treaty*').

⁶⁷¹ Commission ADHP, *International PEN et autres*, communications nos 137/94, 139/94, 161/97, 31 octobre 1988, §§ 79-80.

⁶⁷² Le mécanisme des appels urgents est prévu par la règle 85 du Règlement intérieur de la Commission ADHP. À cet égard, voir Sarah Joseph *et al.*, *Quel recours pour les victimes de la torture ? Guide sur les mécanismes de communications individuelles des organes de traités des Nations Unies*, Genève, OMCT, 2014, pp. 150-151.

⁶⁷³ Il arrive que les États demeurent inertes après la correspondance qui leur est adressée. Cela a été le cas, par exemple, du Zimbabwe, qui n'a pas répondu en 2020 à la correspondance qui lui avait été adressée à la suite d'un appel urgent portant sur des allégations de mauvais traitements subis par des femmes défenseurs des droits humains dans le pays.

⁶⁷⁴ Aux termes de l'article 5 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : 'Ont qualité pour saisir la Cour : a) la Commission ; b) l'État partie qui a saisi la Commission ; c) l'État partie contre lequel une plainte a été introduite ; d) l'État partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme ; e) les organisations intergouvernementales africaines'.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

déposé la déclaration d'acceptation de sa compétence pour recevoir des requêtes déposées par des individus et des ONG⁶⁷⁵.

Parmi les affaires les plus significatives de la jurisprudence qui s'est développée depuis la création de la Cour ADHP⁶⁷⁶, on peut mentionner l'affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye* (2016). Il s'agit de la première affaire dont la Commission a saisi la Cour sur la base de communications reçues par des ONG. Il s'agit également de la première affaire dont la Cour a été saisie par la Commission sur la base d'allégations de violations de droits humains, entre autres, de l'interdiction de la torture et des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants consacrée par l'article 5 de la Charte africaine. Dans cette affaire, la Cour reconnaît l'existence de 'droits non dérogeables quelle que soit la situation qui prévaut'⁶⁷⁷, donc y compris dans la situation politique et sécuritaire exceptionnelle existant en Libye depuis 2011. Et de préciser qu'au nombre de ces droits non dérogeables, se trouve 'le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants'⁶⁷⁸. Rappelant les décisions de la Commission et du Comité des droits de l'homme en la matière⁶⁷⁹, la Cour a confirmé que : 'La détention au secret constitue (...) une grave violation des droits de l'homme qui peut entraîner d'autres violations telles que la torture, le mauvais traitement ou l'interrogatoire sans les mesures de protection appropriées'⁶⁸⁰. Dans l'affaire *Alex Thomas c. Tanzanie* (2015), la Cour africaine a pris en considération les Lignes directrices de Robben Island, qui renvoient à la définition de la torture telle qu'énoncée dans la Convention contre la torture de 1984, pour rappeler que la torture implique 'une souffrance aigüe mentale ou physique (...) infligée intentionnellement à des fins particulières'⁶⁸¹.

Dans l'affaire *Ally Rajabu et autres c. Tanzanie* (2019), la Cour africaine a fait un lien entre l'interdiction de la torture et le respect de la dignité humaine dans le contexte de condamnations à la peine de mort par pendaison. Elle a estimé que, bien n'y avait pas eu de vice de procédure,

⁶⁷⁵ Au 1^{er} juillet 2023, 33 États membres de l'Union africaine ont ratifié le Protocole portant création de la Cour africaine, dont seulement huit ont soumis la déclaration visée au paragraphe 6 de l'article 34 du Protocole, par laquelle ils acceptent la compétence de la Cour, à savoir : Burkina Faso, Gambie, Ghana, Guinée-Bissau, Mali, Malawi, Niger, Tunisie. Source : Cour ADHP (<https://www.african-court.org>).

⁶⁷⁶ Sans prétendre à l'exhaustivité, parmi d'autres affaires pertinentes dans lesquelles la Cour ADHP a eu à se prononcer sur le respect de l'article 5 de la Charte africaine, voir : *Nguza Viking (Babu Seya) et Johnson Nguza (Papi Kocha) c. Tanzanie*, fond, arrêt du 23 mars 2018, §§ 66 et suivants ; *Armand Guehi c. Tanzanie*, fond et réparations, arrêt du 7 décembre 2018, §§ 126 et suivants (rappelant, au § 131, le caractère absolu de la prohibition posée par l'article 5, la Cour conclut, au § 136, que 'l'État défendeur a violé le droit du requérant de ne pas être soumis à un traitement inhumain et dégradant protégé par l'article 5 de la Charte en ce qui concerne la privation de nourriture') ; *Léon Mugesera c. Rwanda*, fond et réparations, arrêt du 27 novembre 2020, §§ 74 et suivants (la Cour affirme, au § 92, que l'État 'a l'obligation d'exercer une surveillance systématique sur les règles, instructions, méthodes et pratiques d'interrogatoire et sur les dispositions concernant la garde et le traitement des personnes arrêtées, détenues ou emprisonnées de quelque façon que ce soit sur tout territoire sous sa juridiction', ce que n'a pas fait le Rwanda en l'espèce).

⁶⁷⁷ Cour ADHP, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, fond, arrêt du 3 juin 2016, § 76.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, § 77.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, respectivement §§ 79 et 84.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, § 84.

⁶⁸¹ Cour ADHP, *Alex Thomas c. Tanzanie*, fond, arrêt du 20 novembre 2015, § 145. En l'espèce, la Cour considère que 'le requérant n'a pas apporté la preuve que le retard dans le traitement de sa requête en appel équivaut à la torture. Il en est ainsi parce qu'il n'a pas apporté la preuve que ce retard lui a causé une souffrance aigüe mentale ou physique qui lui a été infligée intentionnellement à des fins particulières. En outre, il purge une peine conforme aux sanctions légales qui lui ont été imposées. Pour cette raison, la Cour conclut donc qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 5 de la Charte' (§ 145).

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

l'imposition obligatoire de la peine de mort et la pendaison comme méthode d'exécution violaient la Charte africaine :

‘La Cour fait observer que de nombreuses méthodes utilisées pour appliquer la peine de mort peuvent être assimilables à la torture, ainsi qu’aux traitements cruels, inhumains et dégradants, compte tenu des souffrances qui y sont inhérentes. Conformément à la raison même d’interdire les méthodes d’exécution assimilables à la torture ou au traitement cruel, inhumain et dégradant, il conviendrait donc de prescrire, dans les cas où la peine de mort est permise, que les méthodes d’exécution excluent la souffrance ou entraînent le moins de souffrance possible.

La Cour fait observer que l’exécution par pendaison, une des méthodes sus visées, est dégradante par nature. Par ailleurs, ayant conclu que l’imposition obligatoire de la peine capitale est en violation du droit à la vie compte tenu de son caractère arbitraire, la Cour considère qu’en tant que méthode d’application de cette peine, la pendaison porte inévitablement atteinte à la dignité, eu égard à l’interdiction des traitements cruels, inhumains et dégradants⁶⁸².

Dans l’affaire *Lucien Ikili Rashidi c. Tanzanie* (2019), dans laquelle était en cause la légalité d’une fouille rectale exécutée par des gardiens de prison sur le requérant en présence de ses enfants, la Cour africaine a considéré que ‘la fouille rectale effectuée sur le requérant constitue une violation du droit au respect de sa dignité et de ne pas être soumis à des traitements dégradants⁶⁸³. Et d’en conclure à la violation par l’État défendeur de l’article 5 de la Charte africaine.

3. Défaillances nationales dans la mise en œuvre des Lignes directrices de Robben Island
Diverses défaillances nationales sont décelables à travers des carences dans l’adoption de lois ou de mécanismes nationaux de prévention ou encore à travers la complaisance ou le silence dans la répression. Ces défaillances peuvent être révélatrices d’une certaine mauvaise foi ou d’un manque de volonté des États africains quant à leurs engagements internationaux concernant les principes d’interdiction et de répression de la torture, notamment énoncés dans les Lignes directrices de Robben Island.

3.1. Dans l’adoption de lois et la création d’organes spécifiques

Les difficultés éprouvées par les autorités nationales dans l’application des Lignes directrices de Robben Island s’expliquent amplement par l’environnement social, juridique et politique dans divers pays africains. En effet, il s’agit parfois d’un environnement tendu où sévissent des crises, voire des conflits, où la formation des forces de sécurité et des agents dépositaires de l’autorité publique est rudimentaire si ce n’est inexistante, où la mauvaise gouvernance, la

⁶⁸² Cour ADHP, *Ally Rajabu et autres c. Tanzanie*, fond et réparations, arrêt du 28 novembre 2019, §§ 118-119. En ce sens, voir également *Amini Juma c. Tanzanie*, fond, arrêt du 30 septembre 2021, § 136.

⁶⁸³ Cour ADHP, *Lucien Ikili Rashidi c. Tanzanie*, fond et réparations, arrêt du 28 mars 2019, § 96. Dans cette affaire, la Cour africaine cite la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme dans des cas similaires. Elle rappelle également les critères posés par la Commission africaine quant à l’article 5 de la Charte : ‘La Cour fait observer que la Commission africaine, pour apprécier de manière générale si le droit au respect de la dignité inscrit à l’article 5 de la Charte a été violé, a tenu compte de trois facteurs principaux. Le premier étant que l’article 5 ne comporte aucune clause restrictive. L’interdiction de l’atteinte à la dignité à travers un traitement cruel, inhumain et dégradant est donc absolue. Le deuxième facteur veut que cette interdiction soit interprétée comme visant la protection, la plus large possible, contre les abus physiques ou psychologiques. Enfin, la souffrance personnelle et l’atteinte à la dignité peuvent prendre diverses formes et leur appréciation dépend des circonstances de chaque affaire’ (§ 88). Dans le même sens, voir également Commission ADHP : *Media Rights Agenda c Nigeria*, communication n° 224/98, octobre-novembre 2000, § 71 ; *Curtis Francis Doebbler c. Soudan*, communication n° 236/00, mai 2003, § 37 ; *Institute for Human Rights and Development in Africa (au nom d’Esmaila Connateh et 13 autres) c. Angola*, communication n° 292/04, mai 2008, § 52.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

corruption et la violation des textes de loi sont malheureusement monnaie courante, et où les décisions des organes supranationaux peinent à être respectées par les États. Qu'il s'agisse de l'adoption d'une législation spécifique ou de la mise en place d'un mécanisme spécifique de prévention de la torture, comme le préconisent les Lignes directrices de Robben Island, il y a plus de promesses vagues de la part des États que de réalisations concrètes, ce qui est notable dans les rapports périodiques soumis au fil des années, où l'on retrouve la volonté réitérée des autorités nationales d'améliorer le système des droits de l'homme.

La nécessité de l'adoption d'une législation spécifique est certaine⁶⁸⁴. En vertu du principe de la légalité pénale, il ne peut exister ni infraction ni peine sans une loi préalable, de sorte que la torture ne saurait être sanctionnée sans avoir été incriminée en amont. Or, peu d'États ont adopté des lois en la matière⁶⁸⁵, certains se contentant d'une simple allusion à la prohibition de la torture dans leur Constitution. À cet égard, comme la Commission africaine a eu l'occasion de le rappeler à diverses reprises dans ses questions adressées soit lors de l'examen des rapports périodiques des États⁶⁸⁶ soit lors de ses missions de promotion dans les territoires nationaux⁶⁸⁷, si cette allusion est importante, elle est, en soi, insuffisante. En conséquence, il est essentiel d'ériger cette prohibition en infraction dans la législation nationale et de définir avec précision le régime d'interdiction et de répression, de manière à ce que les victimes puissent déposer plainte, que des enquêtes soient menées et que les actes allégués de torture soient jugés.

Par ailleurs, les visites des lieux de détention – qu'il s'agisse des prisons, des centres de détention pour mineurs, des postes de police ou des centres de rétention pour étrangers – sont également primordiales, afin d'évaluer la manière dont les personnes privées de liberté sont traitées. Or, là encore, peu d'États ont mis en place un ou plusieurs mécanismes nationaux chargés de prévenir la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, comme préconisé par les Lignes directrices de Robben Island⁶⁸⁸. De même, alors que ces lieux clos peuvent être propices aux dérives, peu d'États ont institué des programmes de formation sur la question de la prévention et de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements destinés aux membres des forces armées et de police, ainsi qu'aux fonctionnaires de l'administration pénitentiaire.

3.2. Dans la répression des violations

Malgré la consécration de la prohibition de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants comme norme internationale et régionale, qui plus est absolue, non seulement les violations sont répandues dans des contextes multiples (maltraitance des personnes en garde à vue, conditions de détention inhumaines ou dégradantes, expulsion exposant la personne concernée à un traitement inhumain dans le pays tiers destinataire...),

⁶⁸⁴ Voir, à cet égard, les paragraphes 1 et 4 des Lignes directrices de Robben Island, de même que l'article 2 de la Convention contre la torture.

⁶⁸⁵ Cette donnée découle de nos échanges auprès du CPTA, qui parvient à connaître l'existence de telles lois lorsque les États répondent aux allégations de torture ou incluent cette information dans leurs rapports périodiques. Bien qu'aucune statistique officielle n'existe sur ce point, il est possible d'identifier quelques pays ayant adopté une législation spécifique : Burkina Faso (Loi n° 022-2014/AN du 27 mai 2014 portant prévention et répression de la torture et des pratiques assimilées), République démocratique du Congo (Loi n° 11/008 du 9 juillet 2011 portant criminalisation de la torture), Mauritanie (Loi n° 2015-033 du 23 janvier 2013 relative à la lutte contre la torture), Afrique du Sud (*Act n°13 of 2013: Prevention of Combating and Torture of Persons Act*, 29 juillet 2013).

⁶⁸⁶ Voir notamment Commission ADHP, *Rapport d'activités du 25^e anniversaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁸⁷ Lors de sa mission de promotion au Botswana en 2018, la Commission africaine a demandé à l'État d'adopter un mécanisme national de prévention même si sa Constitution interdit la torture en son article 7.

⁶⁸⁸ Voir, à cet égard, le paragraphe 17 des Lignes directrices de Robben Island, de même que l'article 3 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture.

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

mais des carences sont également à relever dans la répression, ce qui est de nature à fragiliser cette norme.

La spécificité des actes de torture – souvent perpétrés par des agents de la fonction publique ou avec leur consentement exprès ou tacite – n'incite sans doute pas certains États à adopter des mesures législatives de criminalisation et à créer des mécanismes spécifiques de contrôle des lieux de détention. Elle incite moins encore à réprimer de tels actes, tout particulièrement lorsque la torture est utilisée comme une arme par les autorités au pouvoir contre leurs opposants politiques ou contre toute velléité de contestation, voire dans certaines circonstances jugées difficiles comme la lutte contre le terrorisme ou le crime organisé.

Il y a ainsi, souvent, une inertie caractérisée dans l'application de sanctions. À cet égard, il est extrêmement rare que les États prennent des mesures à l'encontre des établissements pénitentiaires ou d'autres lieux de détention pratiquant la torture. De même, il est extrêmement rare que les États prennent des mesures pour supprimer les lieux de détention secrets et pour engager des poursuites. La qualité d'agents officiels dont jouissent les auteurs des actes en cause leur fait bénéficier de la complaisance, si ce n'est de l'accord des autorités devant sanctionner leurs actes. On dénombre ainsi plusieurs cas où des auteurs ne sont jamais l'objet d'enquête et de jugement⁶⁸⁹, ou des cas où les juridictions manquent d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique et demeurent sous l'influence du pouvoir en place⁶⁹⁰. Une telle situation génère un état de terreur généralisé auprès de la population et un sentiment d'impunité auprès des victimes. Non seulement celles-ci bénéficient rarement d'une aide juridictionnelle afin de pouvoir être assistées dans leurs démarches par un avocat, mais elle se retrouvent souvent dépourvues de voies d'action effectives au niveau national pour demander réparation, tandis que les plaintes auprès des organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels dépendent de l'acceptation de la compétence de tels organes par les États.

En outre, un aspect mettant en lumière une autre facette de la mauvaise foi des États est le fait que, même lorsque les victimes parviennent à faire reconnaître en justice la culpabilité des responsables d'actes de torture, rares sont les mesures d'accompagnement mises en place pour elles.

Remarques conclusives : recommandations pour un plus grand dynamisme dans la lutte contre la torture en Afrique

Loin d'être une pratique ancienne désormais éradiquée, la torture continue de prospérer, essentiellement dans des endroits où les personnes sont privées de liberté. Pour que l'interdiction de la torture ne demeure pas une utopie, il est urgent que des actions plus efficaces soient entreprises, tant par les États dont la mauvaise foi est souvent criarde en la matière, que par les institutions nationales des droits de l'homme et les organisations de la société civile.

⁶⁸⁹ Dans le cas de la Tunisie, par exemple, il a été relevé que : 'Les tribunaux sous l'ancien régime refusaient généralement d'enregistrer des plaintes pour torture sauf dans les rares cas où il y avait eu pression de la société civile et l'insistance de la part d'avocats bien connus pour leur défense des droits de l'homme. Ces affaires enrôlées n'ont pas donné lieu à des enquêtes sérieuses et effectives (*Tunisie. Rapport alternatif au Comité contre la torture des Nations Unies*, 57^e session, 18 avril-13 mai 2016, p. 9). 'Suite à la révolution [de 2011], l'obstacle de saisine de la justice a été levé et des centaines de plaintes pour torture ont été enregistrées par les tribunaux. Malheureusement, à ce jour, aucune de ces affaires n'a donné lieu à une réponse judiciaire satisfaisante. La plupart de ces affaires n'ont pas donné lieu à des actes d'instruction les plus élémentaires tendant à la recherche de la vérité' (*ibid.*, p. 10).

⁶⁹⁰ Dans le cas du Burundi, par exemple, dans un contexte de contestation d'un troisième mandat du feu président Pierre Nkurunziza, une plainte adressée contre l'État burundais devant la Commission africaine alléguait l'impossibilité de faire juger des actes de torture et de traitements inhumains en raison de l'influence du régime en place sur la magistrature (*Commission ADHP, Radio publique africaine c. Burundi*, communication n° 587/15, février 2016).

L'INTERDICTION ET LA RÉPRESSION DE LA TORTURE DANS LE SYSTÈME AFRICAIN
DES DROITS DE L'HOMME: UTOPIE OU MAUVAISE FOI DES ÉTATS?

Au niveau des États, il est nécessaire que soient rapidement adoptées des lois criminalisant la torture. Ces lois devront prévoir le démantèlement des centres de détention illicites, des enquêtes approfondies, des sanctions appropriées, ainsi qu'un cadre dans lequel les victimes pourront bénéficier d'une réparation et d'une réhabilitation. Il est également essentiel que des formations en matière de droits humains soient délivrées auprès des personnels des principaux lieux de privation de liberté – spécialement les établissements pénitentiaires, les commissariats de police, les centres de rétention des migrants – mais aussi auprès des magistrats chargés de juger les actes de torture.

Au niveau des institutions nationales des droits de l'homme et des organisations de la société civile, afin de mieux contrer la mauvaise foi des États, il est souhaitable qu'elles accompagnent davantage les actions du CPTA dans la prévention et la prohibition de la torture, de même que les activités du CAEDBE pour ce qui est de la catégorie spécifique des enfants. En raison de leur proximité avec la population, elles ont un rôle crucial à jouer⁶⁹¹ en œuvrant pour l'adoption de mécanismes nationaux de prévention, pour la criminalisation des actes de torture dans les législations nationales et pour la sensibilisation à ce fléau, en divulguant l'existence des appels urgents pouvant être lancés lorsque des cas de torture sont en cours et en informant sur la disponibilité des recours supranationaux.

⁶⁹¹ Voir Frans Viljoen, Chidi Odinkalu, *La prohibition de la torture et des mauvais traitements dans le système africain des droits de l'homme. Guide pratique juridique à l'intention des victimes et de leurs défenseurs*, Genève, OMCT, 2014, p. 125.

 LA RÉDACTION D'UN TRAITÉ DES NATIONS UNIES SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME: EST-CE ENCORE LOIN TIPPERARY?

La redaction d'un traite des nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme: est-ce encore loin tipperary?

Francesco Seatzu*

Paolo Vargiu♦

RÉSUMÉ: Le troisième projet révisé du traité contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme représente une étape importante dans les efforts visant à promouvoir et à protéger les droits de l'homme dans le contexte des activités des entreprises transnationales. Depuis de nombreuses années, les entreprises ont été impliquées dans des violations des droits de l'homme à travers le monde, ce qui a suscité des préoccupations croissantes quant à la nécessité de rendre les entreprises responsables de leurs actions. Ce projet de traité cherche à remédier à cette lacune en établissant des normes claires et contraignantes pour les entreprises dans le domaine des droits de l'homme.

1. Introduction

Les sociétés jouent un rôle crucial dans l'économie mondiale et exercent une influence croissante. La connexion entre les secteurs public et privé s'est approfondie, brouillant les frontières entre les élites des affaires et les gouvernements.⁶⁹² Par conséquent, les mécanismes étatiques ont du mal à réglementer et à équilibrer efficacement les intérêts des entreprises avec l'intérêt public. Il est donc essentiel que les citoyens organisés concentrent leurs efforts sur l'exigence de responsabilité, d'une transparence accrue et de la prise en compte des effets néfastes des opérations des entreprises sur les droits de l'homme et l'environnement.⁶⁹³

Il existe de nombreux cas de fautes professionnelles qui n'ont pas été correctement traités par les gouvernements. Un exemple marquant au Mexique est le cas du fleuve Sonora, où s'est produite la plus grande fuite minière de l'histoire du pays. Quarante millions de litres de sulfate de cuivre ont été déversés, contaminant deux rivières et affectant près de 25 000 personnes.

* Professeur de droit international, Université de Cagliari.

♦ Maître de conférences en droit international, Université de Leicester.

⁶⁹² Voir à ce sujet les contributions fondamentales rassemblées dans Daniel Brinks, Julia Dehm, Karen Engle, Kate Taylor (eds.), *Power, participation, and private regulatory initiatives: human rights under supply chain capitalism*, University of Pennsylvania Press, 2021; et pour une perspective historique, Robert B. Stauffer, *Nation-building in a global economy: the role of the multinational corporation*, Sage, 1973.

⁶⁹³ Voir *ex multis* Ilias Bantekas, "Business and Human Rights: Foundations and Linkages", in Ilias Bantekas, Michael Ashley Stein (eds.), *The Cambridge Companion to Business and Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021, pp. 1-21; Erika R. George, "Influencing the Impact of Business on Human Rights: Corporate Social Responsibility through Transparency and Reporting", in Lara Blecher, Nancy Kaymar Stafford, Gretchen C. Bellamy (eds.), *Corporate responsibility for human rights impacts: new expectations and paradigms*, American Bar Association, 2014, pp. 253-299.

LA RÉDACTION D'UN TRAITÉ DES NATIONS UNIES SUR LES ENTREPRISES ET LES
DROITS DE L'HOMME: EST-CE ENCORE LOIN TIPPERARY?

Du fait de sa puissance, l'entreprise responsable a jusqu'à présent réussi à échapper à ses obligations de compensation et a même obtenu de nouveaux permis pour étendre la mine où s'est produite la fuite.⁶⁹⁴ En Équateur, le cas Chevron-Texaco concerne la pollution pétrolière sur les territoires des communautés indigènes, les communautés touchées recherchant justice et réparations depuis des décennies.⁶⁹⁵ Au Brésil, le désastre de la mine de Samarco se distingue, qui a entraîné l'effondrement d'un barrage.⁶⁹⁶

La société civile axée sur les droits de l'homme reconnaît de plus en plus que les abus des entreprises sont un facteur fondamental contribuant aux problèmes qu'elle cherche à résoudre. C'est pourquoi le mouvement visant à établir un accord légalement contraignant concernant la responsabilité des sociétés transnationales pour les violations des droits de l'homme a attiré un large éventail d'acteurs de la société civile. Ces acteurs comprennent des écologistes, des paysans, des féministes, des syndicats, des groupes autochtones et d'autres encore. Un tel accord s'attaquerait spécifiquement aux défis qui compromettent le rôle des États en tant que protecteurs des droits de l'homme, tels que la nature mondiale du capital à grande échelle et le non-respect des frontières juridictionnelles en termes d'impacts négatifs.

Ces dernières années, il y a eu une mobilisation importante d'organisations, de réseaux et de mouvements. Cette mobilisation a impliqué la participation à des instances formelles aux niveaux des Nations Unies (ONU) et nationaux.

Jusqu'à présent, quatre versions du traité ont été élaborées. La première version, connue sous le nom de "Zero Draft" (Projet Zéro), a été rédigée en 2018 par le Président-Rapporteur du OEIGWG (Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises).⁶⁹⁷ Cette version incluait également un projet de protocole facultatif. Dans le Projet Zéro, il n'était pas prévu la création d'une cour internationale comme mécanisme de règlement des litiges, mais plutôt de conférer aux tribunaux nationaux la compétence pour traiter les questions couvertes par le projet de traité.⁶⁹⁸

Le Projet Zéro prévoyait également la création d'un comité chargé de formuler des observations sur la compréhension et la mise en œuvre du traité par les États parties. Ce comité apporterait

⁶⁹⁴ Dolia Estevez, "No Apology From Mining Tycoon German Larrea For Worst Ecological Disaster In Mexico's History", *Forbes*, 2 septembre 2014, à l'adresse <https://www.forbes.com/sites/doliaestevez/2014/09/02/no-apology-from-mining-tycoon-german-larrea-for-worst-ecological-disaster-in-mexicos-history/?sh=54fc78bc1568>.

⁶⁹⁵ Business and Human Rights Resource Centre, "Ecuador: Affected Indigenous communities allege they never received Chevron's money compensation won in court in 2011", 18 décembre 2022, à l'adresse <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/ecuador-affected-indigenous-communities-denounce-they-never-received-chevrons-money-compensation-won-in-court-in-2011/>.

⁶⁹⁶ Phoebe Weston, "Victims of Brazil's worst environmental disaster to get day in UK courts", *The Guardian*, 8 juillet 2022, à l'adresse <https://www.theguardian.com/environment/2022/jul/08/uk-court-of-appeal-case-victims-brazil-mariana-dam-collapse-aoe>.

⁶⁹⁷ Voir Lucas Sebastián de Erice Aranda, "United Nations negotiations for a binding treaty on transnational corporations and human rights: an eighth session without significant improvements", Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog, 21 novembre 2022, à l'adresse <https://novabhre.novalaw.unl.pt/united-nations-negotiations-for-a-binding-treaty-on-transnational-corporations-and-human-rights-an-eighth-session-without-significant-improvements/>.

⁶⁹⁸ L'état actuel du brouillon et des négociations est accessible à l'adresse <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>.

LA RÉDACTION D'UN TRAITÉ DES NATIONS UNIES SUR LES ENTREPRISES ET LES
DROITS DE L'HOMME: EST-CE ENCORE LOIN TIPPERARY?

également son soutien aux États membres dans la collecte des informations nécessaires à la mise en œuvre du traité.

À la suite de ce projet, le OEIGWG a tenu une session en 2019 au cours de laquelle de nombreuses délégations et organisations ont soutenu que le champ d'application du projet de traité devrait être beaucoup plus large et inclure toutes les entreprises, et pas seulement les sociétés transnationales.⁶⁹⁹

Après avoir pris en compte les réactions des États et des entités commerciales, le Président-Rapporteur a rédigé une autre version, appelée "le Projet Révisé", publiée en juillet 2019. Sur la base des observations et des propositions des États et des organisations lors de la session du OEIGWG qui s'est tenue au début de l'année 2020, le Président-Rapporteur a compilé un autre rapport et des recommandations pour le projet de traité. Une deuxième version révisée a ensuite été publiée en août 2020, accompagnée d'un autre document expliquant les problèmes clés et la structure de cette deuxième version révisée.

La troisième version révisée, qui est également la dernière version (également appelée "Projet de Traité"), a été publiée en août 2021 et intègre les modifications apportées par la deuxième version révisée en termes de définitions, de portée, d'accès aux recours, de responsabilité juridique, de compétence, de délais de prescription, d'assistance judiciaire mutuelle et de coopération judiciaire internationale.⁷⁰⁰

Le nouveau projet qui fait l'objet de cet article présente des différences mineures par rapport au deuxième projet révisé de 2020. Une comparaison des deux projets publiés par la Présidence du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée (OEIGWG)¹¹ révèle que le Troisième projet conserve la structure du Deuxième projet sans introduire de nouveaux articles. Cependant, dans certains articles, le Troisième projet divise les paragraphes, ce qui se traduit par un nombre accru de paragraphes (par exemple, l'article 6, 7 et 12), tandis que dans d'autres articles, des paragraphes ont été fusionnés, ce qui réduit leur nombre (par exemple, l'article 8). Certaines modifications concernent principalement des révisions linguistiques et stylistiques, telles que l'utilisation de "États parties" au lieu de "État parties" ou l'emploi d'une terminologie plus précise (par exemple, remplaçant "la compétence nécessaire" par "Les États parties doivent donner compétence à leurs tribunaux et mécanismes non judiciaires étatiques" dans l'article 7.1). En dehors de ces révisions, qui n'altèrent pas le contenu des textes, le Troisième projet inclut également des détails spécifiques qui améliorent la clarté du texte. Cependant, la structure générale, les objectifs et le contenu du traité restent largement inchangés. Bien que le projet fasse des progrès dans la résolution des lacunes concernant la prévention des atteintes aux droits de l'homme liées aux activités commerciales et l'accès à la justice et aux réparations pour les victimes, il manque des occasions de clarifier et de renforcer les dispositions clés essentielles au traité.

2. Domaine d'application et objectifs.

Un changement positif dans le nouveau projet est observé à l'article 3, qui élargit la portée pour couvrir tous les "droits de l'homme reconnus à l'échelle internationale et contraignants pour les États parties". Cette amélioration va au-delà de la simple référence aux obligations découlant

⁶⁹⁹ Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport sur la cinquième session du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/43/55, 9 janvier 2020.

⁷⁰⁰ A/HRC/52/41/Add.1, accessible à l'adresse <https://daccess-ods.un.org/tmp/3895550.37021637.html>.

LA RÉDACTION D'UN TRAITÉ DES NATIONS UNIES SUR LES ENTREPRISES ET LES
DROITS DE L'HOMME: EST-CE ENCORE LOIN TIPPERARY?

des traités auxquels les États sont parties. Cependant, il n'est pas clair si cette portée s'applique uniquement à la responsabilité de l'État ou également aux responsabilités directes des entreprises en matière de normes relatives aux droits de l'homme.

De plus, le nouveau projet introduit un nouvel objectif à l'article 2, visant à "clarifier et garantir le respect et l'accomplissement des obligations des entreprises en matière de droits de l'homme". Cependant, le projet ne comporte pas de partie opérationnelle correspondante qui développe cet objectif au sein du corps du traité. Alors que l'article 3 limite le traité à la prise en compte des obligations des États en matière de droits de l'homme, les Principes directeurs des Nations Unies affirment que la responsabilité des entreprises est de respecter tous les "droits de l'homme reconnus à l'échelle internationale", qu'ils soient contraignants ou non pour les États respectifs.⁷⁰¹ Pour traiter efficacement des obligations des entreprises en matière de droits de l'homme, les rédacteurs doivent trouver un moyen de s'appuyer sur la formulation des Principes directeurs des Nations Unies.

Un autre changement positif concerne l'attitude du traité à l'égard des réparations, qui est principalement exprimée à la fois dans ses articles sur les droits des victimes (art. 4) et les obligations des États en ce qui concerne l'accès à la réparation, la responsabilité juridique et la compétence judiciaire (arts. 7-9). Les droits des victimes englobent le droit à l'accès à la réparation - un accès à la justice "juste, adéquat, efficace, rapide, non discriminatoire, approprié et sensible au genre" - ainsi que les réparations - restitution, indemnisation, réhabilitation, réparation, satisfaction... - et la remédiation - "garanties de non-répétition, injonction, remédiation environnementale et restauration écologique" (art. 4.2.c). Le troisième projet révisé reconnaît désormais le droit des victimes à "la réparation individuelle et collective" (art. 4.2.c).

3. Une nouvelle juridiction basée sur la nationalité ou le *forum actoris*

En outre, le nouveau projet introduit la possibilité pour les tribunaux d'établir leur compétence judiciaire en se basant sur la nationalité ou le lieu de résidence du demandeur (*forum actoris*, art. 9.1 d). Ce principe est considéré comme excessif en droit international privé, notamment en Europe.⁷⁰² Il a été inclus dans la "liste noire" des motifs de compétence interdits dans le projet de Convention de La Haye sur la compétence judiciaire et le jugement des litiges internationaux en matière civile et commerciale.⁷⁰³ Actuellement, aucun État n'établit une compétence judiciaire uniquement sur la base du lieu de résidence du demandeur. Deuxièmement, le projet élargit considérablement la définition de "domicile" par rapport à la version précédente. Il inclut le "lieu où les principaux biens ou activités sont situés". Bien que le lieu des biens soit parfois utilisé comme base exceptionnelle de compétence dans certains systèmes juridiques nordiques et germaniques, il

⁷⁰¹ Nations Unies, *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/04, Principe 12: 'La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus – à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail.'

⁷⁰² *Amplius*, voir Doug Cassel, "State jurisdiction over transnational business activity affecting human rights" in Surya Deva, David Birchall (eds), *Research Handbook on Business and Human Rights*, Edward Elgar, 2020, p. 200, note 24.

⁷⁰³ Conférence de La Haye de droit international privé, *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale*, conclue le 2 juillet 2019, à l'adresse <https://assets.hech.net/docs/534ddeeb-a2b4-47dc-9324-eb3094b9e167.pdf>.

 LA RÉDACTION D'UN TRAITÉ DES NATIONS UNIES SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME: EST-CE ENCORE LOIN TIPPERARY?

n'a jamais été utilisé pour déterminer le domicile. Cette extension est susceptible d'être considérée comme excessive.

Troisièmement, l'article 9.5 sur le "forum necessitatis" propose désormais trois critères potentiels pour déterminer si un litige est suffisamment lié à une juridiction spécifique pour exercer une compétence de nécessité. Bien que cela apporte certaines clarifications, cela néglige le fait que différentes juridictions ont développé des approches distinctes du *forum necessitatis*. Par conséquent, les États qui ne reconnaissent pas tous les motifs mentionnés dans cet article pourraient résister aux efforts d'harmonisation. De plus, cela pourrait limiter les États où le forum necessitatis est appliqué de manière plus large que les critères énoncés dans cet article.⁷⁰⁴

Quatrièmement, l'article 11 révisé sur la loi applicable a restreint son champ d'application, mais il permet toujours aux demandeurs d'invoquer la loi de l'État où le défendeur est domicilié, quel que soit le lieu où l'action a été engagée ou le lieu où le préjudice s'est produit. Cette règle est plus étendue que toute règle reconnue dans les traditions du droit international privé et s'ajoute aux règles de la *lex causae* et de la *lex loci delicti*. Dans l'ensemble, ces dispositions indiquent un manque de définition claire du problème dans le projet, en particulier en ce qui concerne les obstacles auxquels les victimes sont confrontées pour accéder à des recours. Bien que l'approche fondée sur des règles puisse être efficace pour traiter des problèmes spécifiques, l'ampleur de l'article 9 suggère un manque de clarté quant aux problèmes réels. De plus, aucune des dispositions proposées n'aurait modifié de manière significative l'issue des procédures transnationales récentes, ce qui pourrait compromettre leur viabilité politique.

4. Responsabilité et recours

Le projet de traité met l'accent sur la responsabilité et les recours en cas d'atteintes aux droits de l'homme par les entreprises, ce qui constitue sa principale contribution au cadre juridique international. Alors que des instruments non contraignants tels que les Principes directeurs des Nations Unies mettent l'accent sur des mesures préventives pour éviter les atteintes aux droits de l'homme, le troisième projet comprend des dispositions sur la prévention, en particulier la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme obligatoire (article 6), accordant une importance égale à la prévention et aux recours. Cependant, l'objectif principal du traité a toujours été de répondre à la question des recours et des réparations pour ceux qui ont subi des violations, en particulier dans le contexte des activités commerciales transnationales. Il a en effet été observé qu'en l'absence de remèdes efficaces, les normes de soft law sur la prévention des violations des droits de l'homme par les entreprises multinationales sont souvent restées lettre morte, comme le démontrent des cas tels que ceux mentionnés dans l'introduction de cet article.⁷⁰⁵ Plusieurs articles renforcent cet

⁷⁰⁴ Voir aussi Fabrizio Marongiu Buonaiuti, "Art. 4 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il forum necessitatis come strumento volto a garantire il diritto di accesso alla giustizia", 16(2) *Diritti umani e diritto internazionale* 307-325 (2022); Stephanie Redfield, "Searching for Justice: the Use of Forum Necessitatis", 45(3) *Georgetown Journal of International Law* 893-928 (2014); Giacomo Biagioni, "Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo", 4(1) *Cuadernos de derecho transnacional* 20-36 (2012).

⁷⁰⁵ Voir *ex multis* Bożena Gronowska, Julia Kapelańska-Pręgowska, "Transnational Corporations and Human Rights: is it really a Gordian Knot?", 23(5) *International Community Law Review* 450-465 (2021); Elżbieta Karska, "Drafting an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights: the Next Step towards Strengthening the Protection of Human Rights", 23(5) *International Community Law Review* 466-485 (2021); Barnali Choudhury, "Balancing soft and hard law for business and human rights", 67(4) *International and Comparative Law Quarterly* 961-986 (2018).

LA RÉDACTION D'UN TRAITÉ DES NATIONS UNIES SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME: EST-CE ENCORE LOIN TIPPERARY?

objectif, tels que l'article 4 (droits des victimes), l'article 5 (protection des victimes) et l'article 7 (droit à un recours). De plus, l'article 8 (responsabilité juridique) vise à clarifier les règles de responsabilité juridique en cas d'atteintes aux droits de l'homme par les entreprises, permettant aux personnes affectées de faire valoir des demandes légales valides. De cette manière, l'article 8 tente de fournir une solution élégante et efficace à l'inapplicabilité des dispositions courantes des traités sur les droits à des sujets non de droit international.

Cependant, les dispositions sur la responsabilité et le recours sont insuffisantes, certaines étant encore rédigées de manière ambiguë ou vague. Par exemple, l'article 7.2, concernant l'accès à l'information, manque de clarté quant au type d'informations qui devraient être accessibles et aux procédures autorisées par les tribunaux. Il semble être lié à la compétence des tribunaux, mais cela devrait être mieux défini. Alors que l'article 7.3 comprend une importante nouveauté en incluant les enfants en tant que groupe ayant droit à une assistance juridique, il aurait pu maintenir une cohérence en mentionnant également les droits des enfants à être entendus de manière appropriée (article 7.3.b).

En ce qui concerne la responsabilité juridique pour les atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises, l'article 8 aborde les motifs et les modalités. Les sous-articles 8.6 et 8.8 restent des points de discordance car ils traitent de situations complexes où la responsabilité juridique peut être engagée pour les entreprises. L'article 8.6, qui traite des relations triangulaires impliquant les sociétés mères ou principales, les filiales ou les partenaires commerciaux et les personnes affectées, manque de clarté et contient un mélange de différentes formes de responsabilité civile. Il ne précise pas les conditions permettant à l'entreprise défenderesse d'être déchargée ou réfutée. Une analyse approfondie et un affinement sont nécessaires pour développer pleinement le potentiel et l'impact de ces dispositions. Quant à la responsabilité pour les atteintes les plus graves aux droits de l'homme constituant des crimes relevant du droit international (article 8.8), il n'y a pas de changements par rapport au projet précédent, et des préoccupations persistent quant à son manque de clarté et de certitude juridique.

5. Le comité et la coopération internationale

Pour superviser le fonctionnement du Projet de Traité, un comité devrait être créé, composé de 12 experts au moment de l'entrée en vigueur du traité. Après soixante ratifications supplémentaires, ce nombre serait porté à 18 experts. Les experts seraient élus par les États parties, en veillant à une répartition géographique équitable et en tenant compte des différences entre les systèmes juridiques.⁷⁰⁶

Les États parties seraient tenus de soumettre des rapports à ce comité sur les mesures qu'ils ont prises pour donner effet à leurs engagements en vertu du Projet de Traité. Le comité serait tenu de formuler des observations et des recommandations finales sur ces rapports soumis par les États parties. Il aurait également le pouvoir de formuler des recommandations normatives sur la mise en œuvre du traité, de fournir des recommandations sur les rapports des États parties et de soutenir ces derniers dans la compilation de ces rapports.

⁷⁰⁶ Texte du troisième projet révisé d'instrument juridiquement contraignant avec des propositions textuelles soumises par les États lors des septième et huitième sessions du groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises par rapport aux droits de l'homme, Article 15.

LA RÉDACTION D'UN TRAITÉ DES NATIONS UNIES SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME: EST-CE ENCORE LOIN TIPPERARY?

De plus, le comité serait tenu de soutenir les États parties dans la collecte et la communication des informations nécessaires à la mise en œuvre du Projet de Traité.

Les différends entre les États parties au traité (concernant le respect de ses dispositions) seraient résolus par la Cour internationale de justice ou par arbitrage, conformément aux procédures et à l'organisation convenues mutuellement par ces États.⁷⁰⁷

Le Projet de Traité serait ouvert à la signature de tous les États et des organisations régionales d'intégration au siège des Nations Unies à New York, et il ne s'appliquerait qu'à ces États ayant signé et ratifié le traité.⁷⁰⁸

6. Observations conclusives

Tout comme le deuxième projet, le projet actuel constitue une base utile pour la discussion et la négociation, mais il manque encore de clarté pour être adopté. Malgré les améliorations apportées dans le projet révisé, certaines zones demeurent ambiguës. De plus, bien que les améliorations tout au long des projets de ce traité soient devenues plus sophistiquées et acceptables parmi les États, cela n'a pas encore suffi à surmonter les obstacles tels que le manque d'obligations liées à l'évaluation de l'impact sur les droits de l'homme pour les nouveaux accords commerciaux et d'investissement, ou l'absence de toute mention du principe de précaution, qui est consacré dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, ainsi que l'absence d'une obligation de protection des États pour les défenseurs des droits de l'homme à insérer dans leurs législations nationales et d'une obligation à insérer une présomption de contrôle dans leurs lois nationales en tenant compte des particularités des systèmes juridiques pertinents et enfin l'engagement à ce que la responsabilité conjointe ne soit pas exclue.

La vérité est en effet que les rédacteurs, bien qu'ayant eu l'occasion de résoudre pleinement les dispositions peu claires, ont plutôt apporté des améliorations principalement d'ordre stylistique et technique. Cette approche a permis une analyse approfondie et une continuité des discussions, mais elle pourrait ne pas être suffisamment persuasive pour rallier les États réticents et risque de perpétuer l'impasse politique qui persiste depuis six ans de négociations. De plus, il est peu utile pour combler les lacunes réglementaires laissées par les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et par la législation nationale des pays, sans établir d'obligations claires et concises à l'égard des États.

La responsabilité incombe aux États et aux parties prenantes qui choisissent de ne pas participer activement aux discussions, mais qui critiquent ensuite les projets pour leur manque de clarté ou d'acceptabilité. Cependant, les rédacteurs et leurs conseillers portent également la responsabilité de leur approche prudente, qui n'a jusqu'à présent pas pris de mesures proactives pour élargir le soutien et faciliter l'adoption du traité dans un avenir prévisible.

⁷⁰⁷ Ibid., Article 18.

⁷⁰⁸ Ibid., Article 19.

**Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la
conduite responsable des entreprises**

Tarcisio Gazzini

Le 8 juin 2023, le Conseil de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) a apporté une importante révision aux Principes à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises (Principes).⁷⁰⁹ Adoptés en 1976, les Principes ont fait l'objet des révisions régulières depuis, la dernière fois en 2011, afin de les garder en ligne avec les changes et les défis sociétaux, économiques et technologiques. Le processus de révision fut entamé en novembre 2020 par le Groupe de travail de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises, qui prépara un rapport préliminaire sur les principaux développements, accomplissements et défis des Principes. Le rapport fut finalisé en 2022 suite à une consultation publique parmi les stakeholders.⁷¹⁰

Les Principes sont essentiellement des recommandations que les 51 gouvernements adhérents ont adressé aux entreprises multinationales en vue d'améliorer leur contribution au développement durable et de remédier aux répercussions négatives associées à leurs activités sur les individus, la planète et la société.

⁷⁰⁹ Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/0e8d35b5-fr>. A preliminary bibliography would include: S.R. Ratner, 'Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility', 111 *Yale Law Journal* (2001) 443; I. Bantekas, 'Corporate Social Responsibility in International Law', 22 *Boston University International Law Journal* (2004) 309; P. Muchlinski, 'Multinational Enterprises as Actors in International Law. Creating 'Soft Law' Obligations and 'Hard Law' Rights', in (ed.), *Non-State Actor Dynamics in International Law* (Routledge, 2010) 9; G. Ruggie, 'Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization', Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2015-04 (2015); B. Choudhury, 'Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights', 67 *International & Comparative Law Quarterly* 961 (2018); Markus Krajewski, 'Mandatory Human Rights Due Diligence Law: Blurring the Lines between State Duty to Protect and Corporate Duty to Protect' (2023) *Nordic Journal of Human Rights* (online); Y. Farah, A. Kent, V. Kunuji, 'Civil Liability under Sustainability Due Diligence Legislation: A Quiet Revolution?', 34 *King's Law Journal* (2023, forthcoming).

⁷¹⁰ Stocktaking Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises (en anglais), <https://mneguidelines.oecd.org/stocktaking-exercise-on-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises.htm>.

PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE À L'INTENTION DES ENTREPRISES
MULTINATIONALES SUR LA CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES

Ils font partie intégrante de la Déclaration de l'OCDE et les Décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales.⁷¹¹

La récente révision, qui bénéficie d'une décennie d'expérience depuis la dernière, est particulièrement important pour plusieurs raisons, inclue les répercussions de la pandémie COVID 19, l'aggravation du changement climatique et les avancements technologiques (y compris ceux liés à l'intelligence artificielle). Les principales innovations introduites par la révision de 2023 portent notamment sur

- l'alignement des activités des entreprises sur les objectifs convenus à l'échelle internationale dans le domaine du changement climatique et de la biodiversité;
- l'inclusion d'attentes en matière de devoir de diligence concernant le développement, le financement, la vente, la concession, l'échange et l'utilisation des technologies, y compris la collecte et l'exploitation de données;
- les modalités de l'exercice du devoir de diligence incombant sur les entreprises au regard de leurs impacts et de leurs relations d'affaires liés à l'utilisation de leurs produits et services;
- la protection des personnes et des groupes à risque, y compris de ceux qui signalent des préoccupations concernant la conduite des entreprises;
- la communication d'informations sur la conduite responsable des entreprises;
- la généralisation des recommandations en matière de devoir de diligence à toutes les formes de corruption;
- la conformité des activités de lobbying aux Principes;
- la visibilité, l'efficacité et l'équivalence fonctionnelle des Points de contact nationaux (PCN) pour la conduite responsable des entreprises.⁷¹²

La révision est toutefois très prudente en ce qui concerne les questions de propriété intellectuelle liées à la sante publique et par ailleurs, contrairement au Stocktaking Report, ne fait aucune référence à la Déclaration de Doha sur l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) et la santé publique.⁷¹³ Egalement, elle néglige en large mesure la protection des peuples indigènes et tribaux et ne mentionne pas la Convention en matière de l'Organisation internationale du travail (OIT).⁷¹⁴

Les principes sont caractérisés par un contexte transnational superposé avec force à la traditionnelle coopération entre gouvernements, qui pourtant continue à jouer un rôle

⁷¹¹ Adoptée le 21 juin 1976 et amendée la dernière fois le 8 juin 2023, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0144>.

⁷¹² Principes directeurs, note 709, Avant-propos, p. 3.

⁷¹³ Déclaration sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée par la Conférence Ministérielle de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm.

⁷¹⁴ Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989.

PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE À L'INTENTION DES ENTREPRISES
MULTINATIONALES SUR LA CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES

important, comme dans le cas des efforts pour harmoniser législations contradictoires. En effet, les Principes concernent d'abord et avant tout le dialogue et la collaboration entre entreprises multinationales et gouvernements, avec la participation des autres stakeholders. La dimension transnationale des Principes est ainsi évidente dans les procédures de mise en œuvre ouvertes aux entreprises, syndicats et Organisations non-gouvernementales, ainsi que le public en général.

La structure des Principes reflète ce double objectif. La première partie est divisée en 11 sections concernant les concepts et principes généraux ainsi qu'un corps plutôt compréhensif des principes substantiels allant de la protection des droits humains et de l'environnement à la lutte contre la corruption, l'intérêt des consommateurs, la technologie et la fiscalité. La deuxième partie est entièrement consacrée aux procédures de mise en œuvre des principes, avec des mécanismes de réclamation au niveau opérationnel ainsi que des Points de Contact Nationaux (PCN) chargés de promouvoir la connaissance et l'utilisation des Principes et surtout de contribuer à la résolution des problèmes concernant leur respect.

Selon une optique fortement unitaire du droit international, les Principes sont fermement intégrés dans le réseau des instruments juridiques pertinents, tant contraignants que non contraignants, adoptés notamment au sein de l'OECD, des Nations Unies (NU) et de l'OIL. En particulier, ils font fréquemment référence à des traités internationaux tels que la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales,⁷¹⁵ la Convention des NU contre la corruption,⁷¹⁶ les Pactes internationaux des NU relatifs respectivement aux droits civils et politiques⁷¹⁷ et aux droits économiques, sociaux et culturels,⁷¹⁸ les conventions OIL 29 de 1930 sur le travail forcé⁷¹⁹ et 105 de 1957 sur.⁷²⁰

⁷¹⁵ Adopté le 21 novembre 1997, en force depuis le 15 février 1999, https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf.

⁷¹⁶ Conclue le 31 octobre 2003, en force depuis le 14 décembre 2005, 2349 *UNTS* 41, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_fr

⁷¹⁷ Adopté le 19 décembre 1966, en force depuis le 23 mars 1976, 999 *UNTS* 186, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-french.pdf>.

⁷¹⁸ Adopté le 19 décembre 1966, en force depuis le 3 janvier 1976, 993 *UNTS* 3,

⁷¹⁹ Adoptée le 28 Jun 1930, en force depuis le 1 May 1932, avec Protocol adopté le 11 Jun 2014, en force depuis le 9 novembre 2016.

⁷²⁰ Adoptée le 25 juin 1957, en force depuis 17 janvier 1959.

PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE À L'INTENTION DES ENTREPRISES
MULTINATIONALES SUR LA CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES

Les Principes sont aussi solidement liés à nombreuses instruments non-contraignants à commencer par les Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE,⁷²¹ et les recommandations adoptées au fil des années par le OCDE,⁷²² ainsi que la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale,⁷²³ ou encore la Déclaration des Nations Unies sur les droits des Peuples Autochtones.⁷²⁴

Etant donné le caractère volontaire des Principes, une définition d'entreprise multinationales n'est pas indispensable.⁷²⁵ Néanmoins, la dimension internationale de la structure d'une entreprise ou de ses opérations, ainsi que sa forme commerciale, son objet ou ses activités, sont les facteurs principaux à prendre en considération. Les Principes s'adressent à toutes les entités qui composent l'entreprise multinationale (sociétés mères et/ou entités locales) mais, en dépit de leur dénomination, ne visent pas à instaurer des différences de traitement entre les entreprises multinationales et nationales.

Les Principes se basent à la fois sur l'intégration de la conduite responsable des entreprises selon le principe de due diligence et sur l'évaluation du risque. Les entreprises sont pourtant requises d'identifier et évaluer les impacts négatifs réels et

⁷²¹ Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE, 2017, OECD/LEGAL/0413, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264269514-fr>.

⁷²² Voir, par exemple, la Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales [OECD/LEGAL/0378], la Recommandation sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public [OECD/LEGAL/0447], la Recommandation à l'intention des acteurs de la coopération pour le développement sur la gestion du risque de corruption [OECD/LEGAL/0431], la Recommandation sur l'intégrité publique [OECD/LEGAL/0435], la Recommandation sur les Principes pour la transparence et l'intégrité des activités de lobbying [OECD/LEGAL/0379], la Recommandation sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public [OECD/LEGAL/0316], la Recommandation sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation [OECD/LEGAL/0356], la Recommandation sur l'intelligence artificielle [OECD/LEGAL/0449] et la Recommandation sur l'innovation responsable dans le domaine des neurotechnologies [OECD/LEGAL/0457].

⁷²³ Adoptée en novembre 1977 et amendée la dernière fois en novembre 2022, https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124923/lang--fr/index.htm.

⁷²⁴ Adoptée le 13 septembre 2007, https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_F_web.pdf.

⁷²⁵ Pour une définition récente, voir la Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 23 février 2022, Article 2, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071>.

PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE À L'INTENTION DES ENTREPRISES
MULTINATIONALES SUR LA CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES

potentiels des activités, produits ou services des entreprises; de cesser, prévenir et atténuer les impacts négatifs; et de remédier aux effets négatifs ou participer aux efforts pour y remédier.

En ce qui concerne la mise en œuvre, le Comité de l'investissement de l'OCDE supervise les Principes et organise un échange d'opinions régulier. Le Groupe de travail sur la conduite responsable des entreprises contribue également à assurer le bon fonctionnement de PCN. En 2020, par exemple, il exprima profonde préoccupation par rapport aux allégations de pressions indues visant à réduire au silence les personnes qui présentaient des recours devant certain PCN.⁷²⁶

Un rôle fondamental est joué par les PCN, établies dans chaque pays adhérent. Ils assurent un mécanisme de réclamation non judiciaire visant "à faciliter le dialogue entre les parties et à les soutenir dans la recherche de solutions mutuellement acceptables et compatibles avec les Principes directeurs aux problèmes soulevés, mais aussi d'éclairer activement ce dialogue grâce à leur expertise des Principes directeurs."⁷²⁷

Chaque Pays adhérent jouit d'une certaine flexibilité par rapport aux fonctionnements des PCN mais doivent assurer qu'ils opèrent avec un niveau d'efficacité équivalent (dite "équivalence fonctionnelle" et définie sur la base des critères de visibilité, accessibilité, transparence, responsabilité, impartialité et équité, prévisibilité, et conformité aux Principes.⁷²⁸

⁷²⁶ Statement of the Working Party on Responsible Business Conduct, 13 March 2020, <https://mneguidelines.oecd.org/ncps/working-party-on-rbc-statement-march-2020.htm>.

⁷²⁷ Principes directeurs, note 709, p. 79. L'OCDE maintient une banque de données des décisions des NCN au site <https://mneguidelines.oecd.org/database>. Pour les banques de données des quelques Pays adhérents, voir:

France, <https://www.tresor.economie.gouv.fr/tresor-international/pcn-france/decisions-du-pcn-francais-dans-les-circonstance>; Royaume Uni, <https://www.gov.uk/government/collections/uk-national-contact-point-statements>; et Etats Unis, <https://www.state.gov/u-s-national-contact-point-for-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises/specific-instance-final-statements>.

⁷²⁸ Pour un exemple, voir la procédure établie par le PCN Suisse, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Treatment of specific instances: role and mandate of the ad hoc working groups*, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/nachhaltigkeit_unternehmen/nkp/organisation-und-kontaktaufnahme.html.

THE PROPOSED EU CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE

Avidan Kent*

On 23rd February 2023 the European Union (EU) Commission published a proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD).⁷²⁹ The Commission's proposal has prompted two additional proposals by the EU Council⁷³⁰ and the EU Parliament,⁷³¹ which follow the CSDDD's original structure but contest some of its details. The CSDDD's main objective is to improve companies' sustainability standards and prevent, or, where prevention is not possible, mitigate, their adverse impact on human rights and the environment. The CSDDD further aims to level the playing field by harmonising the legal framework in Europe.

1. Background and context

The legislation of the CSDDD is part of a broader, new regulatory trend.⁷³² The context in which this regulatory trend is materialising explains its popularity. In a nutshell, states are increasingly dissatisfied with the current dominant 'soft law' approach to the regulation of businesses and human rights.⁷³³ High-profile disasters, such as the collapse of the Rana Plaza garment factory in Bangladesh, have led critics to claim that reliance on soft law guidelines and self-enforcement is not sufficiently effective.⁷³⁴ The disillusionment with the 'soft law' approach has led to a process of normative 'hardening': the replacement of soft guidelines

* Associate Professor, University of East Anglia.

⁷²⁹ European Commission, 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937,' (23.2.2022) 71 final 2022/0051 (COD).

⁷³⁰ Council of the European Union, 'Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 - General Approach' (30 November 2022) 15024/1/22 REV 1.

⁷³¹ European Parliament, 'Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937' (01.06.2023) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html.

⁷³² Different versions of sustainability due diligence laws have been enacted, or are in the process of being enacted, *inter alia* in Norway, Netherlands, the UK, Germany, France, US, Canada, Austria, Belgium Japan, and elsewhere. See review at Worldfavor, 'The ultimate guide to human rights due diligence: whose affected and how to comply' (April 2023) <https://blog.worldfavor.com/the-complete-list-of-national-human-rights-due-diligence-laws-whos-affected-and-how-to-comply>; and tradebeyond, 'The list of global supply chain due diligence laws keeps growing' (14/06/2023) <https://tradebeyond.com/blog/list-of-global-supply-chain-due-diligence-laws/>.

⁷³³ Barnali Choudhury, 'Hardening soft law initiatives in business and human rights', in Jean J. du Plessis & Chee Keong Low (Eds) *Corporate governance codes for the 21st Century* (Springer 2018).

⁷³⁴ Claire Bright, 'Creating a legislative level playing field in business and human rights at the European level: is the French law on the duty of vigilance the way forward?' (2018) EUI Working Paper MWP 2020/01 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3262787; Christophe Clerc, 'The French 'Duty of Vigilance' Law: Lessons for an EU directive on due diligence in multinational supply chains' (2021) ETUI Policy Brief N°1/2021; Markus Krajewski & Shuvra Dey, 'Effective human rights due diligence ten years after Rana Plaza?' (10 May 2023) Verfassungsblog <https://verfassungsblog.de/effective-human-rights-due-diligence-ten-years-after-rana-plaza/>.

THE PROPOSED EU CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE

and ecommendations with binding and enforceable legal mechanisms.⁷³⁵ This process of regulatory ‘hardening’ is reflected *inter alia* through the adoption of sustainability due diligence laws.⁷³⁶

Originally based on Principle 17 of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR), sustainability due diligence laws have evolved in several directions. Current examples range from the narrow regulation of very specific issues (e.g. the UK Modern Slavery Act, the Dutch Child Labour Due Diligence Act, the US Uyghur Forced Labor Prevention Act⁷³⁷), to much wider versions which address any ‘severe violations’ of human rights and environmental harms (e.g. the French Duty of Vigilance Law). Another notable variation concerns the size of covered companies. While some laws (e.g. the French and German laws) cover only ‘mega’ companies,⁷³⁸ others (e.g. the proposed Dutch and Canadian laws) cast the net much wider to also cover smaller enterprises.⁷³⁹ An additional variation is found in enforcement mechanisms. While some laws instruct the establishment of civil liability mechanisms (e.g. the French Duty of Vigilance Law) through which damages can be recovered, others exclude the civil liability route, relying on somewhat less biting grievance mechanisms (e.g. the German Supply Chain Act).

2. Commentary

The rise in popularity of sustainability due diligence regulation among European nations has prompted the EU to harmonise this area and adopt its own cross-European regulatory version – the CSDDD. The CSDDD’s main instruction (Art 4) prescribes that EU Member States must ensure that companies⁷⁴⁰ carry out environmental and human rights due diligence. More specific details and conditions are set out in Articles 5-11 of the CSDDD.

⁷³⁵ Sarah Jones and Joanna Kyriakakis, ‘From Soft Law to Hard Law in Business and Human Rights and the Challenge of Corporate Power’ (2023)36(2) *Leiden Journal of International Law* 335; Chloe Bailey, Cannelle Lavite, Clara Alibert & Guillaume Torres, *From Rights to Reality: Ensuring Rights-Centred Application of the French Duty of Vigilance Law* (2023 ECCHR); Patrick Miller & Kabir Dugal, ‘Evolution of Business and Human Rights Obligations – From Soft Law to Voluntary Initiatives to Emerging Standards and National Regulations’ (2023) *Harvard Journal of International Law* (online).

⁷³⁶ Chiara Macchi & Claire Bright ‘Hardening soft law: the implementation of human rights due diligence requirements in domestic legislation’ in M. Buscemi, N. Lazzarini and L. Magi (eds), *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law* (Brill, 2020).

⁷³⁷ More specific examples include the EU’s own reliance on sustainability due diligence in specific sectors, see for example the EU Timber Regulation, the EU Conflict Minerals Regulation, and more (see more examples in Boris Verbrugge, ‘Overview of legislative developments in the field of sustainability due diligence’ (2022) <https://lirias.kuleuven.be/retrieve/694257>).

⁷³⁸ The French Duty of Vigilance Law covers companies with 5,000 employees and above in France, and 10,000 employees or above globally. The German Supply Chain Act covers companies with 3,000 employees and above.

⁷³⁹ These two laws rely on similar criteria (albeit with different currency) and require that two out the three minimum thresholds are met: (1) \$/€20 million in assets, (2) \$/€40 million in revenue (3) 250 employees.

⁷⁴⁰ The CSDDD proposes to cover companies with 500 employees and above and a turnover of more than EUR 150 million in the last financial year, or, in the case of specified high-impact sectors, 250 employees and above and turnover of more than EUR 40 million. In the case of non-EU companies, the CSDDD requires a turnover of EUR 150 million or above in the Union, or, EUR 40 million and above in the case of high-impact sectors. See Article 2, CSDDD (n 729).

2.1 Pillar 1: The duty to identify harms

Articles 5 and 6 of the CSDDD provide what can be described as the Directive's first pillar and core instructions: the duty to prepare due diligence and identify harms. Article 5 specifies that covered companies will adopt due diligence policies. This Article does not include specific instructions as to what kind of content these policies should cover, except that they should include a code of conduct for companies (with no specific instructions as to what exactly this code should consist of), as well as a description of the processes to be relied on for the implementation of the obligation to conduct due diligence.

Article 6 of the CSDDD requires covered companies to identify 'actual and potential adverse impacts' that they, and their supply chain partners, may cause during their operation. This instruction is also drafted extremely vaguely, demanding Member States to 'ensure that companies take appropriate measures to identify actual and potential adverse human rights impacts and adverse environmental impacts [...]'.⁷⁴¹ As for the type of 'appropriate measures' and methodologies to be used for the identification of such harms, Article 6(4) provides precious little assistance. It mentions in this respect the possibility of relying on 'independent reports' (a rather obvious and unhelpful instruction), 'information gathered through the complaint procedure' (which in most cases will concern damage that has already occurred, so arguably less helpful in the context of preventive, future-facing due diligence), and, 'where relevant', consultations with relevant stakeholders. The two additional versions of the proposed CSDDD are only marginally more elaborate. For instance, the European Council's 'General Approach' document proposes, concerning the methodology, that 'companies may map all areas of their own operations'.⁷⁴²

The instruction to rely on public engagement and consultation as part of the due diligence process deserves more discussion. This requirement is vital for the success of the due diligence process.⁷⁴³ After all, stakeholders such as affected local communities are best positioned to identify prospective adverse impacts on their own environments and societies. Certain commentators and organisations have therefore observed that the Commission's version is problematic, as it limits the instruction to engage with stakeholders to only 'where relevant'.⁷⁴⁴ Those commentators are concerned with the potentially narrow interpretation of this self-judging instruction, and as a consequence the exclusion of important voices and perspectives from the due diligence process. Indeed, the EU Parliament's version of the CSDDD removes the term 'where relevant' in order to address these concerns.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ CSDDD (n 729) Article 6(1).

⁷⁴² EU Council, Proposal for a Directive of the EP and the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 - General Approach, Doc. 15024/1/22 REV 1, Brussels, 30 November 2022, Article 6(1a).

⁷⁴³ Yenkong Ngangjoh-Hodu et al. *The proposed EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive and its Impact on LDCs* (Ministry for Foreign Affairs of Finland, 2023) 49.

⁷⁴⁴ European Coalition for Corporate Justice, 'European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence A comprehensive analysis' Legal Brief (April 2022), 14; 8; SHIFT, 'The EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Shift's analysis' (March 2022); Ngangjoh-Hodu et al (n 743) 49.

⁷⁴⁵ The EU Council on the other hand, did not remove this term and it remains to be seen which version will, eventually, prevail.

The vagueness that characterises the instructions in Article 6 is unhelpful. States, companies, and victims all need clarity as to how to comply with the law, and how to rely on it. At the same time, it could be that a certain ‘vagueness’ is not a bad thing in the context of a ‘framework regulation’, that is one that will provide the general principles and be followed by much more specific regulations that address specific sectors, regions/states, all with unique challenges. Not unlike the EU Waste Framework Directive, which provided general guidelines and was then followed with a line of specific regulations addressing specific types of waste. The EU has not implied that this is indeed its vision and strategy for the CSDDD. However, at the same time, there is nothing to prevent it from eventually moving in this direction.

2.2 Pillar 2: The duty to prevent and mitigate harm

Articles 7 and 8 add what can be regarded as the second pillar of the CSDDD, i.e. post-due diligence instructions. In other words, these articles instruct what should be done with the results of the due diligence assessments. Here, Articles 7 and 8 instruct that companies will prevent identified risks, or, where prevention is not possible, mitigate their impact. The CSDDD provides a long list of preventive and mitigative measures. These include the preparation of a prevention/corrective plan; the making of ‘necessary investments’ for enabling prevention; the payment of compensation to affected communities, and even the severing of business relationships where supply chain partners are not adequately cooperative.

Articles 7 and 8 require covered companies to ensure that their direct business partners comply with their codes of conduct and contribute to a company’s efforts to prevent and mitigate harms. Business partners’ compliance with a company’s code of conduct is to be secured through contractual assurances,⁷⁴⁶ and, should the company choose, verified by independent third parties.⁷⁴⁷

The reliance on contractual assurances and third-parties verification has been the subject of criticism. It is claimed that these mechanisms could limit a company’s responsibility to prevent and mitigate harm ‘to a mere box-ticking exercise’ and result in the ‘shifting [of] responsibility from the lead company onto its business partners’⁷⁴⁸ and the third party verification bodies. These instructions, it is claimed, will encourage a passive approach to prevention, rather than investment in active steps in the form of direct engagement with all relevant stakeholders.⁷⁴⁹ Others have also warned against the ‘contractual assurances’ clause becoming an effective legal defence, *de facto* eliminating the usefulness of Article 22 (civil liability).⁷⁵⁰

The criticism expressed regarding the said enforcement mechanisms is concerning. At the same time, one must acknowledge that the alternative to contractual assurances and third-party verifications could set the bar high, perhaps even too high, in the context of today’s global economy. As commented elsewhere: ‘The alternative of demanding full knowledge and monitoring of all supply chain business partner operations seems very demanding in an ever more globalised business environment.’⁷⁵¹ Furthermore, it should be remembered that

⁷⁴⁶ CSDDD (n 729) Articles 7(2), 7(4), 8(3), 8(5).

⁷⁴⁷ CSDDD (n 729) Articles 7(4), 8(5).

⁷⁴⁸ Gabrielle Holly et al. *Legislating for impact: Analysis of the proposed EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (Danish Institute for Human Rights 2022) 19; European Coalition for Corporate Justice (n 744), 11; SHIFT (n 744) 5.

⁷⁴⁹ Gabrielle Holly et al. (n 748) 19; European Coalition for Corporate Justice (n 744) 11.

⁷⁵⁰ Youseph Farah et al. ‘Civil liability under sustainability due diligence regulation: a quiet revolution?’ (forthcoming 2023) *King’s Law Journal*.

⁷⁵¹ Ngangjoh-Hodu et al (n 743) 56.

contractual assurances will not absolve a company from the obligation to mitigate the damage once it has occurred (despite assurances) and it was made aware of it.⁷⁵²

2.3 Pillar 3: The duty to provide access to justice and remedy

The third pillar of the CSDDD concerns dispute settlement and access to justice and remedies. Here, the CSDDD presents victims of environmental and human rights-related harms with two options. Firstly, Article 9 prescribes that companies will set up complaint mechanisms, allowing victims, potential victims, trade unions and certain civil society organisations,⁷⁵³ to submit complaints directly to a company regarding actual or potential harms. Once a complaint is deemed well-founded, the harm in question will be addressed as identified within the meaning of Article 6 (i.e. it will be prevented or mitigated, as required by Articles 7 and 8, discussed above).

The second, and perhaps more novel and meaningful mechanism, is found in Article 22, entitled ‘Civil Liability’. This Article instructs that companies will be liable for damages resulting from their failures to prevent and mitigate identified harms or, importantly, harms that should have been identified. The inclusion of a civil liability provision in the CSDDD should not be taken for granted. Indeed, certain notable earlier sustainability due diligence laws (remarkably, the German Supply Chain Act) do not include a similar provision. As argued elsewhere,⁷⁵⁴ this inclusion reflects a wider progress for the entire area of transnational civil litigation relating to transnational human rights and environmental violations. It facilitates access to justice and removes litigation barriers such as those pertaining to corporate transnational liability.

Moreover, as stated above, Article 22 also covers harms ‘that should have been identified’. On the face of it, this choice of words seems very claimant-friendly. As stated elsewhere, ‘it is hard to think of entirely unexpected significant environmental damage, such that could not have been predicted or prevented when relying on meaningful due diligence. Such is the nature of hindsight analyses.’⁷⁵⁵ Indeed, the EU Council removed the words ‘could have been identified’ from its version, and added intent or negligence as further pre-conditions. It remains to be seen which version will prevail.⁷⁵⁶

3. Conclusion

The CSDDD represents a compromise between different models, ambitions, and interests. It is far from a perfect legal instrument: some of its instructions are lacking in detail; it is not as progressive as one may have expected it to be; some parts are lacking in ambition,⁷⁵⁷ and other features could even be regarded as sensible.⁷⁵⁸ As argued elsewhere, the CSDDD could also

⁷⁵² Ngangjoh-Hodu et al (n 743) 56.

⁷⁵³ Only those active ‘in the areas related to the value chain concerned’. CSDDD (n 729) Article 9(2).

⁷⁵⁴ Farah et al (n 750).

⁷⁵⁵ Ngangjoh-Hodu et al (n 743) 53.

⁷⁵⁶ Somewhat expectedly, the EU Parliament’s version includes the term ‘should have been identified’.

⁷⁵⁷ See criticism regarding public engagement, above, and also the short list of environmental treaties covered by the Annex, defining the scope of harms covered in the due diligence process, or the potential of adding more topics such as technology transfer and corruption (Ngangjoh-Hodu et al (n 743) 46-47, 62-74).

⁷⁵⁸ See discussion in Ngangjoh-Hodu et al regarding Article 15 (climate change) which requires individual companies to prepare plans that will be compatible with a global 1.5 °C reduction target. Ngangjoh-Hodu et al (n 743) 48.

THE PROPOSED EU CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE

lead to unwarranted and unexpected outcomes, such as the imposition of new technical barriers on trade between the EU and least-developed countries.⁷⁵⁹

Regardless of the above, the CSDDD, warts and all, is a necessary and positive evolutionary step for the EU. The standard in this respect has been set by countries such as France, Germany, and others. For the EU to maintain its position at the forefront of human rights and environmental regulation, it must follow suit. In some ways, and notably with its civil liability mechanism, the CSDDD even raises the bar higher.

A final issue to note – one that will put this entire piece in the right perspective - is that at the time of writing, the ground is still very much moving. Differences between the EU's institutions' drafts are still significant and the final shape of the CSDDD is not yet known. Outside of the EU framework, new and ambitious legislative drafts are being discussed and these too are expected to shape future developments. When discussing the rapidly developing nature of due diligence regulation, it is essential to remember that lawmakers are also mostly operating in the dark.

There is very little regulatory experience in this area of law, and laws such as the CSDDD are being designed primarily based on law-makers' 'intuitions', rather than established experience and clear knowledge of what works and what does not. In short, this is a fast-moving process where all stakeholders (regulators, companies and victims of environmental and human rights harms) are all still learning, and some level of trial and error is inevitable. Researchers will therefore have to follow this evolutionary process, which is very far from its conclusion.

⁷⁵⁹ Ngangjoh-Hodu et al (n 743) 18-31.

Les règles de la haye sur l'arbitrage en matière d'entreprises et de droits de l'homme: un succès ou une utopie?*

Francesco Seatzu*

Paolo Vargiu♦

"L'utopie n'est pas l'inaccessible, c'est simplement ce qui n'a pas encore été atteint."

(José Saramago)

1. Introduction

L'intersection entre les droits de l'homme et l'arbitrage international a depuis longtemps fait l'objet de débats, avec des limites et des pratiques floues. Les débats autour de cette intersection se concentrent sur plusieurs aspects: a) primauté des droits de l'homme: certains soutiennent que les droits de l'homme devraient primer sur les décisions arbitrales, car ils sont considérés comme des normes universelles et intangibles. Ils affirment que les tribunaux d'arbitrage devraient prendre en compte ces droits lorsqu'ils rendent leurs décisions; b) limites de la compétence des arbitres: il est souvent question de savoir dans quelle mesure les arbitres internationaux ont le pouvoir d'examiner et de décider des questions relatives aux droits de l'homme.

Certains estiment que les arbitres devraient être en mesure de prendre en compte ces questions, tandis que d'autres pensent que cela dépasse leur compétence et devrait être réservé aux juridictions nationales; c) obligations des parties: les parties à un arbitrage international peuvent être des États, des entreprises ou d'autres entités. Des questions se posent quant à savoir si ces parties ont des obligations spécifiques en matière de respect des droits de l'homme dans le cadre de leurs activités commerciales et si ces obligations devraient être prises en compte dans les procédures d'arbitrage; d) transparence et responsabilité: l'arbitrage international est souvent critiqué pour son manque de transparence et de responsabilité. Certains soutiennent que cela peut entraver la protection des droits de l'homme, car les procédures arbitrales se déroulent en dehors des systèmes judiciaires nationaux, ce qui limite l'accès du public aux informations et aux recours. En raison de ces débats et des enjeux complexes liés à l'intersection entre les droits de l'homme et l'arbitrage international, il n'existe pas de consensus clair sur la manière de les concilier. Les normes et les pratiques peuvent varier en fonction des tribunaux d'arbitrage, des accords internationaux et des législations nationales.

* Ce travail est dédié à la mémoire du Professeur Franco Farina.

* Professeur de droit international, Université de Cagliari.

♦ Maître de conférences en droit international, Université de Leicester.

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

Cependant, il y a une reconnaissance croissante de l'importance de tenir compte des droits de l'homme dans les procédures d'arbitrage et de trouver un équilibre entre les intérêts commerciaux et la protection des droits fondamentaux.⁷⁶⁰ L'apparition de revendications en matière de droits de l'homme dans les litiges entre investisseurs et États a suscité des discussions sur l'utilisation de l'arbitrage international comme moyen de traiter les questions de droits de l'homme.⁷⁶¹

Plus récemment, cette convergence entre l'arbitrage international et les droits de l'homme a gagné du terrain avec l'introduction d'évaluations des droits de l'homme pour examiner les éventuelles implications en matière de droits de l'homme des projets d'investissement, et ce qui est le plus pertinent ici, de les Règles de La Haye sur l'arbitrage en matière d'entreprises et de droits de l'homme (dorénavant les Règles de La Haye ou Règles BHR), qui visent à remédier à l'absence de recours effectifs en cas de violations des droits de l'homme commises par des entreprises.⁷⁶²

En se concentrant sur les règles de La Haye, le présent article vise à examiner leur contribution potentielle à la résolution des litiges relatifs aux droits de l'homme impliquant des entreprises. Pour atteindre son objectif, l'article procédera comme suit. Tout d'abord, il examinera l'histoire et les finalités statutaires des Règles de La Haye. Ensuite, il étudiera le champ d'application de ces règles (Section III), leur fondement juridique et leur structure (Section IV). De plus, il analysera en détail les caractéristiques distinctives de ces règles.

2. La genèse historique tourmentée des Règles de La Haye et leurs objectifs statutaires

En 2017, une équipe de rédaction a été constituée au Centre de coopération juridique internationale (CCJI) afin de préparer et d'élaborer les Règles de La Haye.⁷⁶³ Le projet a été financé par la Ville de La Haye et soutenu par le ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas. L'équipe de rédaction a organisé des séances de rédaction des règles et a mené des consultations avec les parties prenantes concernées en 2018. Le projet de règles a été publié en juin 2019.⁷⁶⁴

Les Règles de La Haye sont basées sur les Règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) de 2013, avec des adaptations pour tenir compte des spécificités des litiges en matière d'entreprises et de droits de l'homme. La question des droits de l'homme dans l'arbitrage est en effet l'une des plus épineuses soulevées par la doctrine internationaliste et commercialiste; cependant, bien que la question demeure ouverte et fondamentalement académique en ce qui concerne les arbitrages sur les investissements, des étapes

⁷⁶⁰ Voir e.g. Kathleen Stanaro, *The Evolving Role of Human Rights in International Arbitration*, *THE AMERICAN REVIEW OF INTERNATIONAL ARBITRATION* (Feb. 5, 2019), disponible sur le site web: <http://aria.law.columbia.edu/the-evolving-role-of-humanrights-in-international-arbitration/>; Business & Human Rights Resource Centre, *Human rights as a litigation tool in international arbitration*, BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, disponible sur le site web: <https://www.businesshumanrights.org/en/human-rights-as-a-litigation-tool-in-international-arbitration>.

⁷⁶¹ Voir e.g. Jonathan Proust, *L'arbitrage CIRDI face aux droit de l'homme*, disponible sur le site web: <https://revuedlf.com/theses/larbitrage-cirdi-face-aux-droits-de-lhomme-resume-de-these/>

⁷⁶² Le texte des Règles de la Haye est disponible sur le site web suivant: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf

⁷⁶³ Pour plus d'information sur ce sujet voir, Martin Doe, Steven Ratner & Katerina Yiannibas, "Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Public Consultation on the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration", *KLUWER*

ARBITRATION BLOG (Jan. 27, 2019) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/27/arbitratingbusiness-and-human-rights-disputes-public-consultation-on-the-draft-hague-rules-on-business-and-humanrights-arbitration/>

⁷⁶⁴ Center for International Legal Cooperation, *Summary of Sounding Board Consultation Round 1 – Results Elements Paper on the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* (Jun. 2019).

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE
DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

concrètes ont été franchies pour introduire la question des droits de l'homme non seulement dans la théorie, mais aussi dans la pratique de l'arbitrage commercial international.⁷⁶⁵ En ce sens, l'introduction des Règles de La Haye vise à combler une prétendue "lacune en matière de recours" dans les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.⁷⁶⁶ Les Principes directeurs des Nations Unies, approuvés par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU en 2011, fournissent des lignes directrices pour prévenir et remédier aux impacts négatifs des activités des entreprises sur les droits de l'homme et offrent des recours aux victimes. Les Règles de La Haye cherchent à fournir un ensemble de règles d'arbitrage spécifiquement adaptées aux litiges liés aux entreprises et aux droits de l'homme.

La nécessité des Règles de La Haye découle des difficultés rencontrées lors du traitement des litiges en matière d'entreprises et de droits de l'homme par biais des mécanismes d'arbitrage traditionnels. Avec l'expansion mondiale des multinationales, celles-ci interagissent de plus en plus avec diverses parties prenantes, y compris les communautés locales, les populations autochtones et les citoyens individuels. Bien que les opérations commerciales internationales puissent apporter des avantages économiques, elles peuvent également entraîner des violations potentielles des droits de l'homme. Dans un tel paysage complexe, les méthodes d'arbitrage conventionnelles pourraient ne pas aborder adéquatement les nuances et les complexités des préoccupations relatives aux droits de l'homme. Les Règles de La Haye visent donc à fournir un cadre plus spécialisé et sensible pour résoudre ces litiges, garantissant que les droits des individus soient respectés même face aux intérêts corporatifs. Cet alignement de l'arbitrage commercial avec les principes des droits de l'homme reflète une reconnaissance croissante de la nature entrelacée des opérations commerciales et de l'impact sociétal.

3. La portée ample des Règles de La Haye

Tout comme les Règles d'arbitrage de la CNUDCI, la portée des Règles de La Haye n'est pas limitée en fonction du type de demandeur(s) ou défendeur(s) ou de l'objet du litige. Elle s'étend à tout litige que les parties à une convention d'arbitrage ont convenu de résoudre conformément à ces Règles. Les parties peuvent inclure un large éventail d'entités, telles que des entités commerciales, des particuliers, des syndicats et organisations de travailleurs, des États, des entités étatiques, des organisations internationales, des organisations de la société civile et toute autre partie. En pratique, on s'attend à ce que les Règles relatives aux entreprises et aux droits de l'homme

⁷⁶⁵ Voir e.g. Bruno Simma, Giorgia Sangiuolo, "The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Some Challenges and Responses", 28 *Southwestern Journal of International Law* 401-429 (2023); Gabriella Carella, "Arbitrato commerciale internazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", dans Gabriella Carella (ed.), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Giappichelli, 2009, pp. 53-65; Katerina Yiannibas, "The effectiveness of international arbitration to provide remedy for business-related human rights abuses", dans Liesbeth Enneking, Ivo Giesen, Anne-Jetske Schaap, Cedric Ryngaert, François Kristen, Lucas Roorda (eds.), *Accountability, international business operations, and the law: providing justice for corporate human rights violations in global value chains*, Routledge, 2020, pp. 89-104; Catherine Tirvaudey, "Les interférences des conventions relatives aux droits de l'homme avec l'arbitrage: le droit d'accéder à la justice", dans Filali Osman, Lotfi Chedly (eds.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage: pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015, pp. 157-180. Pour un aperçu général, voir François Holmeyer, "The Hague Rules on business and human rights arbitration", 17 janvier 2020, à l'adresse <https://www.lawgazette.co.uk/legal-updates/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/5102761.article>.

⁷⁶⁶ Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ont été élaborés par le professeur John Ruggie, le Représentant spécial du Secrétaire général, Kofi Annan, des Nations Unies en 2011. Les Principes directeurs sont composés de trois piliers, à savoir l'obligation de l'État de protéger les droits de l'homme, la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme et l'accès à un recours. En ce qui concerne le Pilier III, l'obligation de fournir un accès effectif et approprié à un recours est imposée tant à l'État qu'aux entreprises.

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE
DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

concernent principalement les revendications des victimes de violations des droits de l'homme à l'encontre des entreprises ou les litiges entre partenaires commerciaux.

Il est également permis aux parties de proposer des actions collectives.⁷⁶⁷ Ces actions sont importantes car elles permettent de résoudre des réclamations qui impliquent généralement de petites compensations. Lorsqu'une personne estime avoir une réclamation valide mais que les frais liés à un procès ou à un arbitrage dépassent la récompense potentielle, il est peu probable qu'elle poursuive la réclamation de manière indépendante. Par conséquent, si le défendeur se livre à des activités illégales, il continuera à échapper à la justice.

Cependant, dans une action collective, les personnes concernées peuvent s'associer à d'autres personnes affectées, ce qui réduit les coûts de litige pour chaque individu jusqu'à ce que la récompense potentielle devienne plus importante que le coût du litige. Cependant, une partie corporative peut conclure un accord d'arbitrage avec ses employés qui déroge à l'article 19, ce qui diminue considérablement la possibilité pour les employés d'intenter une action contre la partie corporative pour des violations des droits de l'homme.⁷⁶⁸

Les Règles de La Haye s'appliquent lorsque les parties ont explicitement convenu de soumettre leurs litiges à l'arbitrage conformément à ces règles. Ce consentement est constaté par le biais d'une convention d'arbitrage. Les Règles de La Haye reconnaissent le principe de compétence-compétence, ce qui signifie que le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence, y compris sur les éventuelles objections concernant l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage. Les parties peuvent inclure des conventions d'arbitrage dans les contrats, en particulier dans les contrats de chaîne d'approvisionnement où il peut y avoir des risques en matière de droits de l'homme. Elles peuvent également conclure des conventions d'arbitrage distinctes pour des litiges spécifiques impliquant des parties intéressées à l'arbitrage en matière d'entreprises et de droits de l'homme (EDH). Dans certains cas, plusieurs parties peuvent conclure des accords multilatéraux prévoyant un arbitrage EDH dans un secteur d'activité spécifique présentant des risques importants en matière de droits de l'homme.

Par exemple, l'Accord du Bangladesh, un accord multilatéral entre des sociétés multinationales et des syndicats, a donné lieu à des arbitrages administrés par la Cour permanente d'arbitrage (CPA) à La Haye à la suite de la catastrophe de Rana Plaza en 2013. Bien que ces deux affaires aient été réglées, elles servent d'exemples notables d'utilisation de l'arbitrage EDH pour résoudre des litiges en matière de droits de l'homme. Cependant, en règle générale, les demandeurs de violations des droits de l'homme ne sont pas directement inclus en tant que parties dans les clauses d'arbitrage préalables au litige, car leurs revendications découlent des actions des sociétés après la conclusion initiale de l'accord. Conscients de cela, les rédacteurs des Règles de La Haye ont introduit une approche novatrice. Ils proposent l'inclusion d'une clause d'arbitrage préalable au litige.

Des considérations différentes doivent être prises en compte concernant la question du rapport entre le droit des parties de recourir à l'arbitrage et les méthodes diplomatiques pour la résolution de leurs différends. La formulation littérale de l'article 1, alinéa 6 est peut-être classique, mais certainement pas la meilleure, du moins à notre avis. La référence concerne particulièrement le début de l'alinéa 6, qui énonce le droit des parties à l'arbitrage et indique qu'il est impossible de conditionner le recours à l'arbitrage au recours à la négociation, à la conciliation, et ainsi de suite. Cependant, on ne comprend pas comment une telle relation entre l'arbitrage et les autres moyens diplomatiques de résolution des litiges concilie avec le fait que le recours à ces derniers moyens

⁷⁶⁷ Hague Rules, Article 19.

⁷⁶⁸ Voir aussi Bruno Simma et al., *Elements for Consideration in Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process* cit., qui rappelle que pour prévenir les problèmes, au lieu de permettre aux parties de choisir les articles auxquels elles souhaitent se conformer, la disposition (l'Article 19) devrait s'appliquer uniquement à certains articles.

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

soit imposé par la bonne foi. En effet, l'importance de ces moyens en relation avec l'exécution de l'obligation des parties d'agir de bonne foi aurait dû suggérer une conclusion différente de celle indiquée à l'article 6, alinéa 1 (mais pas nécessairement celle prévue à la fin du paragraphe 6 du même article),⁷⁶⁹ c'est-à-dire la prévision, à l'article 1, alinéa 6, de l'obligation de recourir préalablement au moins à un moyen diplomatique avant de recourir à l'arbitrage.

4. Le fondement juridique et la structure des Règles de La Haye

Comme mentionné précédemment, les Règles de La Haye ont été élaborées pour prendre en compte les caractéristiques particulières des litiges liés aux impacts des activités commerciales sur les droits de l'homme. Ces règles visent à combler le "vide en matière de recours" perçu dans les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme en fournissant un ensemble de règles pour l'arbitrage dans de tels cas. Les Règles de La Haye reconnaissent la nécessité de mesures spéciales, compte tenu des circonstances des personnes touchées, des déséquilibres de pouvoir potentiels et de l'intérêt public à résoudre ces litiges de manière transparente et avec la participation de tiers intéressés et d'États. En particulier, les multinationales, avec leurs vastes ressources financières, juridiques et médiatiques, occupent une position dominante face aux individus ou aux communautés locales qui cherchent justice pour les prétendues violations des droits de l'homme. Cet déséquilibre peut entraver l'accès à la justice pour les parties les plus faibles, car elles peuvent se retrouver confrontées à des batailles juridiques complexes, à des frais de justice prohibitifs et à des campagnes de désinformation. Par conséquent, les victimes pourraient ne pas avoir une opportunité équitable de faire valoir leurs droits et obtenir une compensation adéquate, rendant impératif un mécanisme juridique qui protège les vulnérables et responsabilise les entreprises. Les règles mettent l'accent sur l'importance des arbitres spécialisés dans les affaires et les droits de l'homme qui respectent des normes de conduite élevées. Elles permettent également la création de mécanismes spéciaux pour la collecte de preuves et la protection des témoins.

Les Règles de La Haye se composent de six sections et de 52 articles, ainsi que d'un Code de conduite distinct comprenant cinq dispositions. Les sections I (règles introductives) et II (composition du tribunal arbitral) suivent largement les Règles d'arbitrage de la CNUDCI, avec de légères modifications. La section III (Procédures arbitrales) introduit quatre nouvelles dispositions, notamment en ce qui concerne les demandes multipartites et en fournissant une procédure accélérée pour le rejet des demandes ou des défenses sans fondement. La section IV (Transparence) intègre des dispositions des Règles de transparence de la CNUDCI, mais tient compte des aspects spécifiques des litiges liés aux affaires et aux droits de l'homme. La section V (la sentence) suit les Règles d'arbitrage de la CNUDCI sans modifications. La section VI (Dispositions diverses) introduit de nouvelles dispositions sur le financement par des tiers, la médiation et l'arbitrage accéléré qui ne se trouvent pas dans les Règles d'arbitrage de la CNUDCI. Ces dispositions répondent à l'utilisation croissante du financement par des tiers dans les litiges liés aux affaires et aux droits de l'homme, établissent un cadre pour la médiation aux côtés de l'arbitrage et prévoient l'arbitrage accéléré pour les affaires plus simples et de moindre valeur.

⁷⁶⁹ Le recours à un moyen autre que l'arbitrage peut être convenu à tout moment, y compris après le commencement de la procédure d'arbitrage conformément à ces Règles.

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE
DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

Les Règles de La Haye s'appliquent aux parties qui ont convenu de soumettre des litiges "relatifs à une relation juridique définie, qu'elle soit contractuelle ou non", à l'arbitrage. La portée d'une relation juridique définie peut être interprétée largement par les tribunaux et peut inclure les relations entre les entreprises et les particuliers, les syndicats et les organisations communautaires. C'est un aspect fondamental des Règles de La Haye: contrairement à la plupart des règles d'arbitrage commercial, qui s'appliquent uniquement aux relations contractuelles entre deux parties, les Règles de La Haye étendent leur champ d'application à un large éventail de relations juridiques.

Ceci est en accord avec la complexité et l'hétérogénéité des relations des multinationales avec les territoires où elles opèrent, les populations résidant dans ces territoires, ainsi que les traditions juridiques et sociales de ces populations.

Avec leur origine dans les Principes directeurs des Nations Unies, les Règles de La Haye ont été conçues pour offrir aux parties un recours non fondé sur l'État. Cependant, le préambule des Règles de La Haye souligne que "[l']arbitrage en vertu des Règles n'est pas destiné à être un substitut général aux mécanismes judiciaires [...] fondés sur l'État", qui devraient rester la forme principale de recours pour ceux qui sont affectés par les impacts des droits de l'homme des activités commerciales. L'interaction entre les recours nationaux et l'arbitrage BHR reste à développer dans la pratique.

Les commentaires fournis par le Comité de rédaction indiquent que les Règles de La Haye peuvent être utilisées pour combler les lacunes dans les recours nationaux disponibles pour les demandeurs, par exemple dans des circonstances où les demandeurs ne sont pas en mesure de faire valoir leurs droits au niveau national en raison de problèmes de capacité, de restrictions procédurales, de compétence ou de droit matériel, et de problèmes liés à la durée, à l'imprévisibilité et au coût de la poursuite des demandes devant les tribunaux nationaux.⁷⁷⁰ Cependant, les commentaires notent également que l'arbitrage BHR "peut également remplir une fonction complémentaire dans l'exercice de l'autonomie des parties à soumettre leurs litiges à la procédure de règlement des litiges qui correspond le mieux à leurs besoins, en particulier en ce qui concerne les obligations volontairement assumées en matière d'affaires et de droits de l'homme au-delà des obligations légales existantes".

Les parties peuvent choisir de soumettre leurs litiges à l'arbitrage BHR plutôt qu'aux tribunaux nationaux pour plusieurs raisons, telles que la possibilité de choisir des arbitres ayant une expérience particulière des questions relatives aux droits de l'homme ou la neutralité perçue de l'arbitrage BHR en tant que forum. Nous notons que les Règles de La Haye n'exigent pas que les demandeurs épuisent les recours nationaux.

Les parties à des arbitrages en vertu des Règles de La Haye "s'efforcent de résoudre tout litige de bonne foi par la négociation, la conciliation, la médiation, la facilitation ou d'autres mécanismes de règlement collaboratif". Pour soutenir et encourager l'utilisation de mécanismes de règlement collaboratif, les Règles de La Haye contiennent des dispositions sur la médiation et d'autres formes de règlement collaboratif, prévoyant notamment que les offres, les admissions et les déclarations faites dans le cadre d'une médiation sont inadmissibles dans la procédure arbitrale.⁷⁷¹

5. Les caractéristiques distinctives et plus innovantes des Règles de La Haye

⁷⁷⁰ Voir en particulier le commentaire au paragraphe 3 du Préambule.

⁷⁷¹ Hague Rules, Article 56.

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

Les règles de La Haye sont principalement dérivées des Règles d'arbitrage de la CNUDCI de 2013, mais elles intègrent des ajustements spécifiques pour prendre en compte les caractéristiques distinctives et les exigences des litiges liés aux affaires et aux droits de l'homme, entre autres facteurs.

5.1. Loi applicable

Selon l'article 46 des Règles BHR, les tribunaux arbitraux relevant de la compétence des Règles de La Haye sont tenus d'appliquer la loi substantielle ou les lois substantielles⁷⁷² convenues par les parties impliquées dans le litige. Cette loi substantielle peut englober les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (également connus sous le nom de "Principes directeurs de l'ONU"), les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux (PICC) et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (appelés "Principes directeurs de l'OCDE"), bien que ni les Principes directeurs de l'ONU ni les Principes directeurs de l'OCDE ne soient des instruments juridiquement contraignants.

Un argument de soutien à cette proposition peut être trouvé dans la formulation de l'article 46 des Règles BHR, qui vise à offrir aux parties impliquées une autonomie et une flexibilité maximales. La norme en question érige en pilier, selon la meilleure tradition de l'arbitrage commercial international, le principe de l'autonomie des parties. Bien que ce principe comporte également le risque d'abus de la part de la partie contractuellement ou économiquement la plus forte, il reste néanmoins un fondement de l'arbitrage en tant qu'outil de résolution des litiges, et un outil très important entre les mains des parties qui peuvent ainsi rendre la procédure aussi conforme que possible à leurs souhaits et à leurs besoins.⁷⁷³ Dans les cas où il n'y a pas d'accord entre les parties, le tribunal est autorisé à déterminer la loi applicable ou les règles de droit. Cela peut inclure les obligations internationales en matière de droits de l'homme.

Selon l'article 46, le tribunal est également autorisé à prendre en compte "tout usage commercial applicable à la transaction, y compris toute norme ou instrument en matière d'affaires et de droits de l'homme qui pourrait être devenu un usage commercial". Cela signifie que le tribunal est tenu de prendre en compte les pratiques établies au sein de l'industrie concernée, y compris les normes ou instruments relatifs aux affaires et aux droits de l'homme qui sont devenus coutumiers dans le commerce. Le Comité de rédaction fournit des commentaires précisant que les pratiques commerciales ne doivent pas modifier la loi applicable, mais plutôt s'appuyer sur les engagements en matière de droits de l'homme pris par les entreprises au sein d'une industrie spécifique.

⁷⁷² En fait, les parties peuvent choisir de recourir au découpage (ou *dépeçage*).

⁷⁷³ Voir e.g. Giuditta Cordero-Moss, "Foundation, limits and scope of party autonomy", en Franco Ferrari, Diego P. Fernández Arroyo (eds), *Private international law: contemporary challenges and continuing relevance*, Edward Elgar, 2019, pp. 71-100; Filip De Ly, "Limits to Party Autonomy, Good Faith, Fair Dealing, and International Commercial Arbitration", 8(1) *European International Arbitration Review* 95-111 (2019); Luca Radicati di Brozolo, "Party Autonomy and the Rules Governing the Merits of the Dispute in Commercial Arbitration", 8(1) *European International Arbitration Review* 67-93 (2019); Davis Mavunduse, Camilla Baasch Andersen, "Party autonomy in international commercial arbitration: a look at freedom, delimitation and judicialisation", 25(2) *International Trade Law & Regulation* 92-116 (2019); Charles Chatterjee, "The reality of the party autonomy rule in international arbitration", 20(6) *Journal of International Arbitration* 539-560 (2003).

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

5.2. Questions de procédure

5.2.a Le mécanisme de sélection des arbitres

Selon l'article 2 (a) de la Loi type de la CNUDCI de 2006, l'arbitrage est défini comme "tout arbitrage qu'il soit ou non administré par une institution arbitrale permanente".⁷⁷⁴ Cela signifie que l'arbitrage peut être catégorisé en deux types: l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel.⁷⁷⁵ Dans le cas de l'arbitrage *ad hoc*, où aucune institution arbitrale permanente n'est impliquée, les parties choisissent souvent d'adopter les Règles d'arbitrage de la CNUDCI pour régir leurs procédures au lieu de créer leurs propres règles de procédure.⁷⁷⁶

L'arbitrage *ad hoc* présente certains avantages, tels que des économies de coûts et de la flexibilité.⁷⁷⁷ Cependant, il présente également des inconvénients. Par exemple, si une partie ne participe pas ou refuse de participer à la procédure, par exemple en refusant de désigner un arbitre, le processus d'arbitrage peut être considérablement retardé.⁷⁷⁸

Le fait que les Règles de La Haye soient basées sur les Règles d'arbitrage de la CNUDCI indique une préférence pour l'arbitrage *ad hoc* par rapport à l'arbitrage institutionnel. Cela est évident dans l'article 6 des Règles de La Haye, qui stipule que, sauf accord contraire des parties, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) agira en tant qu'autorité de nomination. Les commentaires accompagnant l'article 6 expliquent que la désignation de la CPA en tant qu'autorité de nomination est due à sa nature intergouvernementale et à son expérience dans le règlement des litiges commerciaux et des droits de l'homme.⁷⁷⁹

L'un des avantages de l'arbitrage BHR est la possibilité pour les parties de nommer des arbitres spécialisés dans les questions liées aux affaires et aux droits de l'homme.⁷⁸⁰ Les Règles de La Haye prescrivent spécifiquement que l'arbitre président ou unique doit posséder une expertise en matière de règlement des différends internationaux et dans les domaines pertinents liés au litige.⁷⁸¹ Cette expertise peut englober le droit et la pratique des affaires et des droits de l'homme, ainsi que les lois nationales et internationales pertinentes et les connaissances de l'industrie concernée.

Alors que certaines institutions arbitrales ont élaboré ou sont en train d'élaborer des codes de conduite pour les arbitres, l'aspect notable des Règles de La Haye est l'inclusion d'un Code de conduite. Ce code établit différentes exigences de divulgation et des obligations éthiques générales auxquelles les arbitres doivent se conformer. Bien que le code de conduite n'introduise pas de principes révolutionnaires en ce qui concerne les exigences personnelles et professionnelles des

⁷⁷⁴ Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/07-86999_ebook.pdf.

⁷⁷⁵ Voir *ex multis* Gerald Aksen, "Ad hoc versus institutional arbitration", 2(1) *The ICC International Court of Arbitration Bulletin* 8-14 (1991); Gordon Blanke, "Institutional Versus Ad Hoc Arbitration: a European Perspective", 9(2) *ERA-Forum: scripta iuris europaei* 275-282 (2008); Carita Wallgren-Lindholm, "'Ad hoc' Arbitration v. Institutional Arbitration", en Giuditta Cordero-Moss (ed.) *International commercial arbitration: different forms and their features*, Cambridge University Press, 2013, pp. 61-81.

⁷⁷⁶ Corinne Montineri, "The UNCITRAL Arbitration Rules and Their Use in 'ad hoc' Arbitration", en Giuditta Cordero-Moss (ed.), *International commercial arbitration: different forms and their features*, Cambridge University Press, 2013, pp. 82-106.

⁷⁷⁷ Chiara Giorgetti, "Between Flexibility and Stability: Ad Hoc Procedures and/or Judicial Institutions?", en Photini Pazartzis, Maria Gavouneli, Anastasios Gourgourinis, Matina Papadaki, *Reconceptualising the rule of law in global governance, resources, investment and trade*, Hart Publishing, 2016, pp. 11-18.

⁷⁷⁸ Voir *e.g.* ICC Rules, Article 6(8); LCIA Rules, Article 15.8; UNCITRAL Rules, Article 30, SIAC Rules, Rule 20.9; SCC Rules, Article 35.2. Voir aussi Gary Born, *International Commercial Arbitration*, p. 3027.

⁷⁷⁹ Le Commentaire souligne également que l'Article 6 reflète par ailleurs le texte de l'Article 6 des Règles d'arbitrage de la CNUDCI de 2013.

⁷⁸⁰ Voir aussi l'article 11 qui interdit que des arbitres de la même nationalité que l'une des parties soient nommés.

⁷⁸¹ Article 11(1)(c).

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE
DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

arbitres, il faut souligner avec une certaine satisfaction la formalisation du caractère nécessaire de certaines caractéristiques professionnelles et du respect des principes éthiques. On fait référence, en particulier, à la définition des termes "impartialité" et "indépendance" dans la règle numéro 4, souvent laissée par les règles d'arbitrage au bon sens ou à la tradition juridique, ainsi qu'à la référence aux meilleures pratiques internationales dans la règle numéro 6, qui élève expressément ces meilleures pratiques en tant que critère d'interprétation du Code de conduite. Il est donc probable que, même si cela n'est pas régi par les Règles de La Haye ou par le Code de conduite, les diverses directives de l'IBA deviendront une norme d'interprétation des exigences personnelles et professionnelles des arbitres.⁷⁸²

***5.2.b Revendication présentant des questions juridiques et factuelles communes
ainsi que le rôle des tiers***

Les Règles de La Haye facilitent la consolidation des revendications présentant des questions juridiques et factuelles communes, dans le but d'encourager les arbitrages collectifs où plusieurs parties affectées par un préjudice similaire peuvent se regrouper. Cette disposition augmente la probabilité de voir se former des revendications collectives impliquant plusieurs parties.⁷⁸³

De plus, selon les Règles de La Haye, un tribunal a le pouvoir d'autoriser une ou plusieurs tierces parties à participer à l'arbitrage en tant que parties, à condition que ces personnes soient parties à l'instrument juridique sous-jacent ou bénéficiaires tiers de l'accord d'arbitrage pertinent. Le consentement des parties existantes n'est pas explicitement requis pour une telle adhésion, bien que les parties doivent avoir la possibilité d'exprimer leur opinion sur la demande d'adhésion. La possibilité d'adhésion peut être attrayante pour les parties, même si l'étendue de cette disposition et le concept de bénéficiaire tiers demeurent sujets à interprétation.⁷⁸⁴

L'arbitrage BHR offre également des possibilités de financement par des tiers et d'interventions d'amici curiae. Conformément aux propositions récentes visant à modifier les Règles du CIRDI, les Règles de La Haye exigent la divulgation du financement par des tiers. De plus, selon les Règles de La Haye, le tribunal peut, après consultation des parties, inviter ou permettre à une tierce partie de présenter des arguments écrits dans la procédure. Dans certains arbitrages d'investissement récents, plusieurs organisations non gouvernementales intéressées ont cherché à intervenir, et cette tendance devrait se poursuivre dans le domaine de l'arbitrage BHR.

5.2.c Le compromis (difficile) entre les préoccupations et les priorités de plusieurs parties

Dans les cas où il existe des déséquilibres significatifs entre les parties, la nomination des arbitres doit tenir compte de la nécessité de concilier leurs intérêts. Les Règles de La Haye stipulent que lorsque l'une des parties rencontre des obstacles pour obtenir un recours, le tribunal arbitral doit veiller à ce que cette partie dispose d'une possibilité équitable et efficace de présenter son cas, tout en préservant son indépendance et son impartialité. La manière dont cette discrétion sera mise en œuvre par les tribunaux dans la pratique reste à voir, mais il est prévu que les tribunaux adoptent

⁷⁸² Les différents ensembles de directives de l'IBA sont disponibles à l'adresse <https://www.ibanet.org/resources>.

⁷⁸³ Règles de La Haye, Article 19(1).

⁷⁸⁴ Ibid., Article 19(2).

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE
DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

une approche plus proactive et inquisitoriale dans les situations où des déséquilibres significatifs sont présents.⁷⁸⁵

5.3. La procédures probatoires

L'aspect le plus notable des procédures probatoires concerne l'audition des témoins. L'article 28 du projet de Règles de La Haye indique que les témoins, y compris les experts, peuvent être entendus et interrogés de la manière déterminée par le tribunal arbitral. Si un témoin éprouve une crainte réelle et démontrée, et que son intérêt légitime nécessite des limitations quant à la présence des représentants des parties informés de son identité, le tribunal arbitral peut imposer de telles restrictions. Cette disposition permet au tribunal de prendre des mesures spécifiques pour protéger les témoins, ce qui peut inclure des mesures telles que le maintien de l'anonymat ou de la localisation confidentiels du témoin. Cependant, cette disposition soulève des questions quant à ce qui constitue une "démonstration réelle de crainte". Le commentaire sur l'article 28 précise qu'il fait référence à une crainte subjective de préjudice à la vie ou au bien-être de la personne et note que cette crainte peut être considérée comme réelle même si d'autres témoins dans des situations similaires ont témoigné sans subir de représailles.

De plus, l'article 30 (3) stipule que si une partie ne produit pas les documents, pièces ou autres preuves demandés dans le délai imparti sans justification raisonnable, le tribunal arbitral peut en tirer des conclusions appropriées et rendre sa sentence sur la base des preuves disponibles. Cette disposition permet au tribunal de prendre en compte les conséquences du refus de coopération d'une partie dans la production de preuves essentielles lors de la sentence, notamment en ce qui concerne les entreprises. Elle renforce une disposition similaire présente dans la dernière phrase de l'article 27(4) du projet de Règles de La Haye.

5.4. La prévalence de la transparence par rapport à la confidentialité

La tension entre le besoin de transparence et la discrétion traditionnelle de l'arbitrage commercial international représente l'un des points centraux du débat actuel sur la résolution des litiges. D'un côté, la transparence est essentielle pour assurer la responsabilité des entreprises et la confiance des parties et du public dans l'institution arbitrale. De l'autre, la discrétion a toujours été un atout de l'arbitrage, offrant aux parties une gestion discrète de leurs litiges et la protection d'informations sensibles. Trouver un équilibre entre ces deux besoins est crucial pour l'avenir et la crédibilité de l'arbitrage dans un contexte mondial. Les Règles de La Haye englobent des dispositions (articles 38 à 43) qui établissent un système complet de transparence. Ces règles précisent que des soumissions spécifiques, des décisions, des audiences orales et des informations sur les parties et les arbitres doivent être rendus accessibles au public.⁷⁸⁶ Néanmoins, les tribunaux arbitraux relevant de la compétence des Règles de La Haye disposent d'une marge d'appréciation significative pour modifier le niveau de transparence dans les procédures.⁷⁸⁷ Cette conclusion est

⁷⁸⁵ Voir en particulier le point 6(c) du Préambule, ainsi que l'Article 1(1), l'Article 19(3), l'Article 22(1) et l'Article 32(1).

⁷⁸⁶ L'article 40 concerne quels documents de la procédure arbitrale doivent être rendus publics. Cet article précise que les documents que les rédacteurs estiment devoir être rendus publics comprennent "l'avis d'arbitrage, la réponse à l'avis d'arbitrage, l'exposé des demandes, l'exposé de la défense, les ordonnances, décisions et sentences du tribunal arbitral".

⁷⁸⁷ Voir aussi les observations de Bruno Simma et al., *Elements for Consideration in Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process*, (Nov. 2018), https://www.cilc.nl/cms/wpcontent/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-ANDHUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

soutenue en particulier par le commentaire où les rédacteurs soulignent que les tribunaux arbitraux sont également autorisés à rendre publics des documents supplémentaires.⁷⁸⁸

Cette marge d'appréciation prend en compte divers facteurs, notamment l'intérêt public pour la transparence, les préoccupations liées à la sécurité, à la vie privée et à la confidentialité des personnes impliquées ou impactées par les procédures, ainsi que les intérêts des parties et des parties prenantes.⁷⁸⁹ Si toutes les parties impliquées sont des entités commerciales et que le tribunal arbitral détermine qu'il n'y a aucun intérêt public dans le litige, les tribunaux peuvent renoncer à l'application du régime de transparence. Cela est conforme à la nature généralement confidentielle de l'arbitrage commercial.

5.5. Mesures urgentes ou provisoires

Dans les cas où le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué, une partie ayant besoin de mesures provisoires immédiates peut demander à l'autorité de nomination de désigner un arbitre d'urgence.⁷⁹⁰ Cette option est disponible tant que les parties n'ont pas convenu d'une autre procédure préalable à l'arbitrage permettant l'octroi de mesures provisoires ou similaires. Une fois le tribunal constitué, les parties peuvent alors demander des mesures provisoires directement auprès du tribunal lui-même. De plus, elles ont également la possibilité de demander de telles mesures aux tribunaux nationaux.

5.6. Frais et efficacité

Les Règles de La Haye suivent généralement une approche du "perdant-paie" en ce qui concerne les frais, où la partie perdante est responsable de payer les frais. La logique derrière cela est double. Premièrement, elle vise à empêcher les parties de faire des déclarations sans fondement. Deuxièmement, elle renforce la capacité des parties financièrement défavorisées à engager une procédure d'arbitrage. Cependant, le tribunal a la faculté d'allouer les frais entre les parties de manière qu'il juge raisonnable.⁷⁹¹ Des facteurs tels que la charge financière pesant sur chaque partie et les considérations d'intérêt public peuvent être pris en compte. Le tribunal peut également tenir compte de tout financement de tiers reçu par une partie lors de la détermination des frais. Pour promouvoir l'efficacité et réduire la durée des procédures, les Règles de La Haye prévoient plusieurs mécanismes. Pour les cas ne recherchant que des compensations pécuniaires, sauf accord contraire des parties, la Cour permanente d'arbitrage (CPA) peut désigner un seul arbitre pour mener une procédure d'arbitrage accélérée et rendre une décision dans les six mois suivant la désignation.⁷⁹² De plus, contrairement aux Règles d'arbitrage CNUDCI de 2013, les Règles de La Haye prévoient une disposition permettant le rejet anticipé des demandes ou des défenses manifestement non fondées.⁷⁹³

5.7. Exécution

Les règles de La Haye ne prévoient pas de mécanisme spécifique pour l'exécution des sentences arbitrales. À la place, l'exécution des sentences rendues en vertu des règles de La Haye est régie par le droit interne et les traités internationaux, en particulier la Convention de New York

⁷⁸⁸ Ibid.

⁷⁸⁹ Ibid.

⁷⁹⁰ Hague Rules, Article 31.

⁷⁹¹ Hague Rules, Article 51.

⁷⁹² La Cour peut toutefois proroger ce délai.

⁷⁹³ Hague Rules, Article 26.

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

de 1958⁷⁹⁴ sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (appelée la "Convention de New York").⁷⁹⁵ Selon l'article 1(2) des règles de La Haye, les parties conviennent que tout différend soumis à l'arbitrage selon ces règles est considéré comme découlant d'une relation commerciale ou d'une transaction aux fins de l'article I de la Convention de New York.

6. Quel avenir pour les Règles de La Haye?

À mesure que les entreprises accordent de plus en plus d'importance aux impacts des droits de l'homme de leurs activités et aux risques de conformité qui y sont associés, il est probable que la sensibilisation à l'arbitrage des affaires et des droits de l'homme (ADR) en tant que méthode de règlement des litiges se développe.

Les entreprises dotées de chaînes d'approvisionnement étendues et multi-juridictionnelles, où certaines étapes de la chaîne d'approvisionnement peuvent les exposer à des risques importants pour les droits de l'homme, sont susceptibles de trouver l'ADR des affaires et des droits de l'homme, et par conséquent, également les règles La Haye, particulièrement attrayant et utile. Et ceci, malgré le fait qu'il n'est pas clair dans quelles situations les rédacteurs des Règles de La Haye estiment que l'arbitrage devrait être utilisé plutôt que le système judiciaire, et vice versa.⁷⁹⁶ Et aussi ceci, malgré que les rédacteurs des Règles de La Haye auraient dû inclure une disposition dans le préambule qui indique clairement quelles sont les dispositions les plus essentielles pour assurer un arbitrage équitable et donc qu'elles ne peuvent pas être négligées, même si cela entraînerait une diminution de l'autonomie généralement associée à l'arbitrage.⁷⁹⁷ Et ceci encore même si l'arbitrage ne peut avoir qu'un rôle secondaire par rapport aux recours judiciaires,⁷⁹⁸ car il repose sur le consentement et celui-ci ne peut être obtenu que dans des situations restreintes.

Et cela, bien que beaucoup des articles des Règles de La Haye soient sujets à interprétation par des arbitres et des tribunaux arbitraux qui peuvent ne pas avoir d'expérience en matière de droits de l'homme.

La justification principale de la revendication mentionnée est liée à la reconnaissance par les rédacteurs des Règles de La Haye de la nécessité d'équilibrer l'autonomie des parties dans l'arbitrage tout en cherchant à protéger les personnes dont les droits humains ont été violés. Une autre justification est que plusieurs des articles des Règles sont essentiels pour garantir des procédures d'arbitrage équitables entre les parties.

Pour traiter les préoccupations relatives aux droits de l'homme, les entreprises peuvent envisager de réaliser des audits internes ou externes en matière d'environnement, de social et de gouvernance (ESG) de leurs activités. Dans certaines juridictions, de tels audits peuvent être requis par la législation nationale. De plus, la préparation de déclarations annuelles sur les impacts des droits de

⁷⁹⁴ Sur l'exécution des sentences arbitrales selon la Convention de New York, voir entre les autres Ahmad Al Mana, *L'exécution des sentences arbitrales étrangères selon la Convention de New York de 1958*, Paris, 2013.

⁷⁹⁵ La Convention de New York a prévu des motifs, à la base desquelles toute partie peut réclamer le refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère (Article V. al. 1er).

⁷⁹⁶ Voir Kelsey Berndt, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: What the Drafters Got Right And Wrong*, (2020) *Arbitration Law Review*, 150.

⁷⁹⁷ Ibidem.

⁷⁹⁸ En fait, lorsque les tribunaux de l'État d'accueil ne sont pas accessibles, les tribunaux de l'État d'origine de la société mère ont un rôle significatif à jouer. Sur ce point, voir aussi Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *Le Règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains: Quel rôle dans l'amélioration des voies d'accès à la justice des victimes ?*, disponible sur le site web: <https://www.iisd.org/itn/fr/2022/10/07/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-what-role-in-improving-avenues-for-victims-to-access-justice-nathalie-bernasconi-osterwalder/>

LES RÈGLES DE LA HAYE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'ENTREPRISES ET DE DROITS DE L'HOMME: UN SUCCÈS OU UNE UTOPIE?

l'homme et de l'ESG de leurs activités peut aider les entreprises à évaluer et à atténuer les risques.⁷⁹⁹ Lors de l'identification des risques pour les droits de l'homme, les entreprises devraient envisager de conclure des accords d'arbitrage en appliquant les Règles de La Haye une fois qu'un litige survient. Elles peuvent également choisir d'inclure les clauses types fournies par les Règles de La Haye, ou des variantes de celles-ci, dans les contrats à haut risque.

L'ADR des affaires et des droits de l'homme présente un potentiel significatif pour résoudre des litiges internationaux complexes impliquant diverses parties prenantes, même s'il ne peut pas résoudre toutes les difficultés auxquelles sont confrontées les victimes de violations des droits humains en matière d'accès à la justice.⁸⁰⁰ Cependant, il est important de noter que l'ADR des affaires et des droits de l'homme selon les Règles de La Haye dépend du consentement des parties impliquées.

Dans la pratique, l'ADR des affaires et des droits de l'homme selon les Règles de La Haye est susceptible d'être envisagée aux côtés d'autres méthodes nationales et non judiciaires disponibles pour les entreprises et les détenteurs de droits afin de résoudre les litiges relatifs aux droits de l'homme.

⁷⁹⁹ Voir *e.g.* James Kallman, "The new frontier: due diligence and developing and implementing human rights audits in Southeast Asia", en Mahdev Mohan, Cynthia Morel (eds.), *Business and human rights in Southeast Asia: risk and the regulatory turn*, Routledge, 2015, pp. 190-206; mais voir aussi Brian Stauffer, "Obsessed with Audit Tools, Missing the Goal": Why Social Audits Can't Fix Labor Rights Abuses in Global Supply Chains", Human Rights Watch, 15 novembre 2022, <https://www.hrw.org/report/2022/11/15/obsessed-audit-tools-missing-goal/why-social-audits-cant-fix-labor-rights-abuses>; et European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), "Human rights fitness of the auditing and certification industry? A cross-sectoral analysis of current challenges and possible responses", disponible à l'adresse <https://www.ecchr.eu/en/publication/human-rights-fitness-audits/>.

⁸⁰⁰ Voir aussi Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *op. ult. cit.*, qui insiste sur le fait que les règles pourraient être utilisées en particulier dans la résolution des conflits commerciaux opposant les entreprises et leurs fournisseurs, ainsi que ceux qui peuvent opposer les différents acteurs de la chaîne de valeur.

MARÍA JOSÉ LUQUE MACÍAS, RE-POLITICISING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW
IN LATIN AMERICA THROUGH THE DUTY TO REGULATE PARADIGM

María José Luque Macías, *Re-Politicising International Investment Law in Latin America through the Duty to Regulate Paradigm*. Cham: Springer. xv + 285 pp. Hardcover. ISBN: 978-3-030-73271-4.

Paolo Vargiu*

Like all fields of international law, investment law is no exception in presenting aspects that appear to be of political rather than legal nature. Even though investment arbitral awards appear *prima facie* to be solidly and fundamentally based on the mere interpretation of the applicable law (be it bilateral investment treaties (BITs), investment chapters in free trade agreements (FTAs), other rules of public international law or the occasional provision of the host state's domestic law), the foundations of the said applicable law are to be found in matters the nature of which is much more political than legal. Indeed, the very origins of international investment law are to be found in the quest for de-politicisation that led to the establishment of the ICSID and the emergence of investment arbitration as the most prominent method for the settlement of disputes between investors and host states.⁸⁰¹

De-politicisation, intended as the process of removing disputes between investors and host states from the influence of political activities, was indeed seen as the most appropriate method to firmly place the said disputes in the realm of the rule of law:⁸⁰² and coming from a pre-ICSID era in which disputes between investors and host states were to be handled by means of diplomatic protection – thus leaving the matter at the whim of investors home states' and their political interests in terms of relationships with host states.

To consider an actual de-politicization of investment disputes as a truly achievable goal, however, appears rather utopistic: as underscored in the scholarship, 'there often seems to be a mismatch between the promise of depoliticisation through investor-State arbitration, and the actual practice that brings different political perspectives back into the picture.'⁸⁰³

Even though the investment arbitral case-law clearly shows the reliance (and perhaps the over-reliance) of tribunals on the applicable law,⁸⁰⁴ it is hardly questionable that arbitrators are routinely faced with considerations of matters of public interest (such as public health,

* Associate Professor of International Law, University of Leicester.

⁸⁰¹ Ursula Kriebaum, "Evaluating Social Benefits and Costs of Investment Treaties: Depoliticization of Investment Disputes", 33(1) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 14-28 (2018), at 16.

⁸⁰² Aron Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 136 (1972), at 343.

⁸⁰³ Martins Paparinskis, 'The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor State Arbitration', in James Crawford, Sarah Nouwen (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Volume 3, 2010, 271-282, at 273.

⁸⁰⁴ See generally Fabio Bortolotti, Pierre Mayer (eds.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, ICC Institute of Business Law, 2013; Niki Nozari, *Applicable Law in International Arbitration: the Experience of ICSID and Iran-United States Claims Tribunal*, Peter Lang, 2018.

MARÍA JOSÉ LUQUE MACÍAS, RE-POLITICISING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW
IN LATIN AMERICA THROUGH THE DUTY TO REGULATE PARADIGM

environmental protection, or labour standards)⁸⁰⁵ that are of paramount political significance and, especially when older generation BITs are applicable,⁸⁰⁶ have little to do with the law. Moreover, states do not passively accept arbitrators' interpretations of the applicable law, and often they care to seek reinterpretations of the law and annulments of inconvenient awards.⁸⁰⁷ Finally, one should consider the fact that investors are not necessarily private corporations: state-owned companies have long been active in investing abroad, and to believe that political considerations remain out of the disputes in which these companies may find themselves with host states would be naïve at best.

Indeed, María José Luque Macías' *Re-Politicising International Investment Law in Latin America through the Duty to Regulate Paradigm* is based on the premise that excluding politics from the realm of investment disputes would be neither feasible nor desirable. As its title clearly explains, the book focuses on investment relationships in a specific region, but nonetheless offers insights that would be applicable, *mutatis mutandis*, in any part of the world characterised by the presence of a majority of capital-importing states and where foreign investors tend to come from Western countries. The assumption behind the study is that international investment law, and its treaty regime in particular, has negatively affected the possibility for Latin American states to protect human rights by means of domestic law.⁸⁰⁸ While investment arbitral tribunals have generally attempted at excluding (at least in theory, as stated beforehand) political considerations from their interpretive efforts, Latin American countries have in fact traditionally pushed for the politicisation of investment disputes.⁸⁰⁹ The

⁸⁰⁵ See *ex multis* Areta Jez, "Environmental Policy-Making and Tribunal Decision-Making : Assessing the Scope of Regulatory Power in International Investment Arbitration", 40(4) *University of Pennsylvania Journal of International Law* 989-1016 (2019); Tamara L. Slater, "Investor-State Arbitration and Domestic Environmental Protection", 14(1) *Washington University Global Studies Review* 131-154 (2015); Valentina Vadi, "The environmental health spillovers of foreign direct investment in international investment arbitration", in Stefania Negri (ed.), *Environmental Health in International and EU Law*, Routledge, 2020, at 43; Valentina Cagnin, "Investor-State Dispute Settlement (ISDS) from a Labour Law Perspective", 8(3) *European Labour Law Journal* 217-231 (2017); International Labour Organization, "Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements" (Report, International Labour Organization, 13 July 2016).

⁸⁰⁶ John Beechey, Antony Crockett, "New Generation of Bilateral Investment Treaties: Consensus or Divergence?", in Arthur W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2008)*, Brill, 2009, at 5; Catharine Titi, "International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements", 26(3) *European Journal of International Law* 639-6631 (2015); Barton Legum, "Lessons learned from the NAFTA: the New Generation of U. S. Investment Treaty Arbitrations Provisions", 19(2) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 344-358 (2004).

⁸⁰⁷ Dmitri Evseev, "Living with Indeterminacy: a Practical Approach to ICSID Annulment Reasoning", in Ian A. Laird, Todd J. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 2*, Juris, 2009, at 177; Ieva Kalnina, Domenico Di Pietro, "The Scope of ICSID Review: Remarks on Selected problematic Issues of ICSID Decisions", in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press (2009), at 221; Gaëtan Verhoosel, "Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: to ICSID or not to ICSID", in Albert Jan van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention (ICCA Congress Series)*, Kluwer Law International, 2009, at 285.

⁸⁰⁸ María José Luque Macías, *Re-Politicising International Investment Law in Latin America through the Duty to Regulate Paradigm*, Springer, 2021, at 1-11. See also Stéphanie Gervais, "Investment Treaties and Human Rights: Reflections from Mining in Latin America", in A. Andreassen Bard, Khanh Vinh Vo, *Duties Across Borders - Advancing Human Rights in Transnational Business*, Intersentia, 2016, at 253.

⁸⁰⁹ María José Luque Macías, above n 8 at 23-71.

book, however, strongly questions whether such push has been effective, or the efforts may have gone in the wrong direction.⁸¹⁰ Indeed, most of such efforts have been aimed at challenging the application of investment treaties by means of the right to regulate – namely, the right of the state to act in the public interest.⁸¹¹ María José Luque Macías, instead, maintains that the paradigm of the right to regulate is inadequate from the perspective of the protection of human rights, and argues that the most appropriate path passes through a re-politicization of investment law that puts human rights at the centre of the discourse.

The central thesis of the book is that regulation is not to be seen as a right but as an obligation, in accordance with the structure of international human rights law. The duty to regulate is a topic discussed at large in the book, with particular reference to the right to water and the rights to land of indigenous people. It is particularly interesting how Maria José Luque Macías analyzes the re-politicization of international investment law procedure carried out by Latin American countries through a specific and precise definition of the duty to regulate, and the reactions of the arbitral tribunals to these matters.⁸¹²

The fundamental contribution of the book, however, is not in its analytical part but in its propositional one. In an era in which the revision and reform of BITs, through their denunciation and re-drafting, characterizes the investment activity of those developing countries that are most active and aware of their role as actors in international investment matters, the book recommends anchoring the paradigm of the duty to regulate in treaties and other rules of international investment law.⁸¹³ The consequence of this anchoring would be revolutionary, as it would finally lead arbitral tribunals to really expand their jurisdiction *ratione materiae* towards that public international law that, although it forms part of the applicable law in investment disputes, is often overlooked on the basis of the fact that the BIT is the chief source of law regulating the relationship between an investor and the host state: and this expansion would necessarily cover human rights law not because it is “morally” appropriate, but because it is actually part of the applicable law.

Although the theme of the book is quite specific, and the approach adopted by the author is particularly technical, *Re-Politicising International Investment Law in Latin America through the Duty to Regulate Paradigm* is a very pleasant reading, which makes the volume appropriate for academics as well as practitioners (to whom the book is not too covertly addressed); moreover, parts of the book would not be out of place even in the reading lists of postgraduate courses in international investment law precisely because of its accessible, extremely detailed and particularly flowing style. The debate on the relevance of human rights in investment law is as lively as ever, and Maria José Luque Macías contributes to the exchange with a volume from which to draw lessons on a global level.

⁸¹⁰ Ibid. at 59.

⁸¹¹ Ibid. at 83-98. See also James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, at 624.

⁸¹² See in particular Maria José Luque Macías, above n 8 at 171-203.

⁸¹³ Ibid., Chapter 5.