

**Annex to the report on the seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (A/HRC/49/65)**

**Note by the Secretariat**

*Summary*

The present annex contains a compilation of comments and requests for clarifications from States that were presented during the seventh session and shared with the Secretariat in a written form. It has been prepared in accordance with paragraph 20 (a) (ii) of A/HRC/49/65. Comments and requests for clarifications have been reproduced in the original language of submission.

## Contents

	<i>Page</i>
II. Comments and requests for clarification from States.....	3
A. States and Observer States .....	3
B. Regional Organizations .....	9

## II. Comments and requests for clarification from States

### A. States

#### 1. Mexico

- México considera importante que las referencias a los defensores de derechos humanos queden asentadas en el texto, incluido en los PP3 y PP12.
- A lo largo del texto, se sugiere mantener las distinciones conceptuales entre “obligaciones” y “violaciones” de derechos humanos cuando se esté haciendo referencia a los Estados; y “responsabilidades” y “abusos” de derechos humanos, cuando se haga referencia a las empresas, atendiendo a las implicaciones jurídicas que las definiciones de dichos conceptos conllevan.
- A lo largo del texto, se sugiere hacer una clara distinción entre la prevención de abusos a derechos humanos y la mitigación de riesgos, pues mitigar abusos a derechos humanos implica cierto nivel de tolerancia que no debería ser admisible en un tratado internacional.
- El enfoque de todo el texto se centra en las actividades de las empresas, incluyendo aquellas de carácter transnacional. Ante la sugerencia de algunos Estados de introducir referencias a las corporaciones transnacionales, se sugiere analizar las implicaciones que ello conllevaría para poder mantener la congruencia del texto, dado el enfoque en actividades que actualmente tiene. Se sugiere mantener el enfoque en las “actividades de las empresas, incluyendo aquellas de carácter transnacional”.
- Con relación a la propuesta realizada por una delegación de reintroducir en el artículo 4.2 la referencia al acceso para las víctimas a medios diplomáticos y consulares, como estaba previsto en el segundo borrador, México considera lo siguiente: si bien el párrafo está dirigido a las víctimas para obtener alguna atención de los consulados o embajadas de la nacionalidad de la empresa que comete un abuso a sus derechos humanos, se presta a confusión sobre los derechos de asistencia y protección consular. Esto además generaría sobrecargas de trabajo para los agentes consulares cuya función primordial es defender y atender los intereses de sus nacionales. Se sugiere entonces no incorporar dicha referencia, atendiendo a que su contenido y la función consular están previstos en otros tratados e instrumentos ampliamente regulados.
- Con relación al artículo 6, se agradecerá se realice una revisión de los supuestos y requerimientos específicos que se establecen para la debida diligencia de las empresas. Se considera, además, necesario aclarar cuál es la responsabilidad de las empresas en las consultas que se deben llevar a cabo con los distintos actores potencialmente afectados, manteniendo los impactos diferenciados en función de su situación de vulnerabilidad, en particular de todas las mujeres.
- En el caso del artículo 6.4.d, se considera que existe una confusión conceptual y jurídica, ya que el deber de consultar recae en los Estados y no es delegable a las empresas.
- En el caso del artículo 6.4.f, México quisiera manifestar su preocupación sobre el mismo, ya que, el establecer requisitos de integrar cláusulas de debida diligencia en los contratos iría en contra del principio de libertad contractual de las partes.
- Con relación al artículo 8 sobre responsabilidad, particularmente el 8.4, se considera que los elementos sobre la “repetición” (compensación al Estado por una empresa por haber cubierto la reparación de las personas afectadas) debería plantearse en el contexto interno del Estado, y no específicamente en un instrumento internacional.
- El artículo 8.6 es una de las disposiciones centrales del instrumento, por lo que su claridad es fundamental. Se deberá procurar poner redacción que separe y establezca claramente los 3 tipos de responsabilidad por las actividades de las empresas, 1) por hechos cometidos por terceros, 2) por omisión en acciones de prevención, 3) por responsabilidad directa. Este artículo prevé el primer supuesto. Aquí se plantean 2 posibilidades: la responsabilidad jurídica de una empresa principal por no evitar que otra empresa con la que tiene una relación comercial cause o contribuya a abusos, en una situación de control,

administración o supervisión de la primera sobre la segunda; la responsabilidad jurídica de una empresa principal por no evitar que otra empresa con la que tiene una relación comercial cause o contribuya abusos, en una situación en la que debieron preverse los riesgos de abusos, pero no se tomaron medidas preventivas adecuadas. Sin embargo, se considera que deben coincidir ambas condiciones para determinar la responsabilidad de la empresa matriz, es decir: que debe haber existido algún nivel significativo de control, administración o supervisión sobre la empresa subsidiaria o sus actividades y que, en ese contexto, los riesgos debían haber sido previsibles. De lo contrario, aunque exista un nivel de control, administración o supervisión, si los riesgos no eran previsibles, difícilmente se puede exigir un deber de cuidado; y al contrario, si los riesgos eran previsibles pero no existía control, administración o supervisión, difícilmente resultarían imputables.

## 2. Russian Federation

### Статья 1 (Definitions)

Благодарю Вас, господин Председатель,

Помимо ранее озвученных российской делегацией замечаний хотели бы добавить следующее.

К таким замечаниям можно отнести, в частности распространение действия документа на предпринимательскую деятельность юридических лиц безотносительно наличия в ней иностранного элемента: в определении термина «предпринимательская деятельность» в принципе нет упоминания ее транснационального характера (пункт 1.3 статьи 1); по тексту документа при уточнении транснационального характера деятельности лиц используется категория «включая» (т.е., не ограничивая только таким видом деятельности). Несмотря на возражения, в проекте по-прежнему сохранена конструкция для привлечения к ответственности физических лиц (пункты 1.3 и 1.5 статьи 1, статья 8).

При этом содержание термина «предпринимательская деятельность» в новой редакции претерпело изменения (пункт 1.3 статьи 1): была исключена фраза «с целью извлечения прибыли» («for profit»), которая, на наш взгляд, служит важным признаком квалификации экономической и любой другой деятельности в качестве предпринимательской. Кроме того, рассматриваемое положение статьи 1 построено по принципу открытого перечня по каждой из составляющих такого вида деятельности посредством использования формулировок «и другая [т.е. любая] деятельность», «включая» и «включая, но не ограничиваясь». Таким образом, предпринимательская деятельность в значении будущего документа не ограничена ни по целям, ни по видам, ни по субъектному составу. Фактически любая деятельность может быть рассмотрена в качестве предпринимательской (пункт 3.1 статьи 3).

Возникают сомнения относительно целесообразности оставления в проекте документа определения института «предпринимательская деятельность» в таком «размытом» виде в принципе. Более того, в целом вызывает вопросы чрезмерно широкий охват конвенции, который явно не отвечает первоначальным целям этого документа.

### Статья 3 (Scope)

Благодарю Вас, господин Председатель,

Вынуждены констатировать, что ключевая для проекта конвенции статья 3 принципиально не изменилась по сравнению с его прошлогодней редакцией.

Хотели бы акцентировать внимание на неприемлемости для Российской Федерации самой концепции этой статьи документа, а также хотели бы высказать замечания по следующим ее наиболее принципиальным аспектам.

Охват Конвенции, по-прежнему определен в слишком общем виде. По сути, под действие договора может попасть любая деятельность, хоть как-то затрагивающая два и более государств.

В условиях глобализации и цифровой экономики такой подход позволяет применить Конвенцию чуть ли не к любой коммерческой сделке, в том числе с использованием

Интернета. На наш взгляд, это не отвечает положениям резолюции СПЧ 2014 г. Имеет место расширительное необоснованное и, в конечном счете, недобросовестное толкование мандата группы. В этой связи считает необходимым продолжать настаивать на сужении сферы применения Конвенции до защиты прав человека при осуществлении деятельности ТНК.

По-прежнему не усматриваем оправданности разработки документа, в большинстве своем построенного на подтверждении обязательств государств, которые они уже взяли на себя в рамках других многосторонних механизмов, в том числе на более высоком уровне (пункт 3.3 статьи 3). Рассматриваем это как подход, влекущий ослабление имеющегося режима защиты прав человека.

2. Объем прав, защита которых будет регулироваться положениями будущей Конвенции, как и ранее, сформулирован достаточно «размыто». По тексту проекта используются категории «все международно признанные права человека» и «основополагающие свободы» («all internationally recognized human rights and fundamental freedoms»).

По сравнению с предыдущей редакцией в проекте теперь сделана попытка ограничить эти категории - упоминание в пункте 3 статьи 3 отдельных источников, из которых такие права и свободы должны проистекать. Вместе с тем круг этих источников сформулирован излишне широко, включая «обычное международное право» («customary international law»), что не позволяет в точности определить, о каких правах человека идет речь.

В этой связи вновь возникает вопрос об оправданности такого подхода и целесообразности разработки инструмента, коль скоро государства и так взяли на себя обязательства по обеспечению прав человека в рамках других многосторонних механизмов, в том числе на более высоком уровне.

Благодарю Вас

#### Статья 4 (Rights of Victims)

Благодарю Вас, господин Председатель,

В первую очередь отмечаем, что статья 4, как и ряд других положений проекта Конвенции, по сути создает особый, привилегированный механизм защиты прав человека в контексте деятельности ТНК и других предприятий. На наш взгляд, такой подход идет вразрез с основными принципами и самой концепцией прав человека, ведет к подрыву целостности системы правосудия и дискриминации жертв нарушений прав человека по критерию субъекта такого нарушения.

Как известно, на многих международных площадках государства борются с попытками фрагментировать систему защиты прав человека, укрепить ее целостность (integrity), в том числе путем принятия соответствующих решений и резолюций, необоснованного выделения каких-то привилегированных групп и категорий прав. Статья 4 проекта Конвенции фактически имеет диаметрально противоположную цель. Не можем согласиться с таким подходом.

Что касается конкретных прав, закрепленных в ней, то многие из них уже признаны в международном праве, а у государств уже есть обязательства по обеспечению их соблюдения – независимо от того, вовлечены ли в процесс нарушений ТНК.

Так, право на доступ к правосудию и справедливое судебное разбирательство давно закреплено в международном праве с набором соответствующих материальных и процессуальных гарантий. В частности, право на справедливый, эффективный и быстрый доступ к правосудию вытекает из Всеобщей декларации прав человека 1948 года, Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года. В международном праве установлены такие ключевые требования, как компетентность судов, их независимость и беспристрастность, создание судов на основании закона, равенство всех перед законом и судом и др. Оказание гражданам поддержки в целях защиты их прав и законных интересов со стороны дипломатических и консульских учреждений предусмотрено в соответствующих Венских конвенциях 1961 и 1963 года.

По линии Международной организации труда принято множество конвенций и рекомендаций по конкретным правам, которые чаще всего нарушаются в контексте деятельности предприятий.

В этих условиях подробное изложение в статье 4 уже существующих прав и процессуальных гарантий полагаем излишним.

В качестве самостоятельной категории вновь выделены «экологические права» (в частности, пункт 2 «с» статьи 4 - «environmental remediation and ecological restoration»). Исходим из того, что обсуждение защиты «экологических прав», не имеющих общепризнанного определения, не может входить в мандат Рабочей группы.

В аналогичном ключе хотели бы высказаться и о закреплении в проекте статьи 4 таких неизвестных российской правовой системе процессуальных конструкций, «class actions», «gender sensitive access to justice», «gender responsive services».

Полагаем, что отсутствие четкого представления о содержании обозначенных юридических категорий не только создает риски неоднозначного толкования будущего документа, но и сделает участие в нем Российской Федерации мало реализуемым.

Благодарю Вас.

#### Статья 5 (Protection of victims)

В статье 5 проекта содержится ряд положений, которые, как представляется, налагают на государства весьма широкие, далеко идущие обязательства и в ряде аспектов к тому же имеют дискриминационный характер, не отвечающий принципу равенства сторон судебного разбирательства. Отмечаем также, что такого рода нормы не имеют аналога в действующих международно-правовых инструментах в области прав человека с участием Российской Федерации.

К примеру, согласно пункту 2 статьи 5 государства обязуются «гарантировать безопасное и способствующее их деятельности пространство для лиц, групп и организаций, продвигающих и защищающих права человека и окружающую среду, так, чтобы они могли действовать свободно от любой угрозы, ограничения и неуверенности».

Благодарю Вас.

#### Статья 7 (Access to remedy)

Благодарю Вас, господин Председатель,

Обратили внимание на то, что в статье 7 (пункт 5) вновь появилась конструкция «инверсия бремени доказывания» (содержалась в версии документа 2019 г., однако в редакции 2020 г. отсутствовала).

Российская делегация хотела бы подтвердить свою позицию о неприемлемости данной конструкции, прямо противоречащей презумпции невиновности.

Благодарю Вас.

### **3. United States**

#### **Preamble**

We believe that any business and human rights instrument needs to be consistent with the existing human rights legal framework as well as the UN Guiding Principles. This includes making the fundamental distinction between the roles of government and business, in which governments are acknowledged to have “obligations” and businesses have a nonbinding “responsibility” to respect human rights. The nonbinding Protect, Respect, and Remedy Framework of the UN Guiding Principles recognizes this distinction.

The draft LBI includes, and indeed may be premised on, fundamental misstatements of international law, including asserting in PP 11 and Article 2.1 that business enterprises have “obligations” with respect to human rights.

An alternative instrument could garner greater support by aligning its text more closely with the UN Guiding Principles and accounting for variance in States' treaty obligations.

### **Definitions (Article 1)**

#### Article 1.2

The United States has significant concerns about how certain terms are defined within the proposed LBI. The definition of "human rights abuse" under Article 1.2 is overly broad and fails to take into account the varying human rights obligations of states. It defines "human rights abuse" as encompassing harm that impedes the full enjoyment of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, irrespective of whether a state seeking to hold a business enterprise accountable for abusing a right recognizes it.

Moreover, the new draft includes a new purported "right to safe, clean, healthy, and sustainable environment." The United States has consistently reiterated that there are no universally recognized human rights specifically related to the environment, and we do not believe there is a basis in international law to recognize such a right, either as an independent right or as a right derived from existing rights.

#### Article 1.3

Article 1.3 defines "business activities" as encompassing "any economic or other activity" of any "business enterprises" and thus captures any activity of any kind, regardless of the size or nature of the business as long as the activity is carried out by a "natural or legal person," and in this third revision now includes "any business relationship." As a result, the scope of activity is vague and virtually unlimited.

With the input of all stakeholders, an alternative approach could clearly define the scope of business activities and human rights to be covered in way that promotes corporate accountability and remedy while also allowing businesses a reasonable amount of predictability.

### **Purpose (Article 2)**

We recognize the value of articulating a purpose or objective for an instrument on business and human rights. However, as stated in the U.S. comments on Article 1, Article 2.1 mischaracterizes international law by asserting that private actors have human rights obligations. Any business and human rights treaty needs alignment with international law and the UNGPs to garner the broad multi-stakeholder support necessary for its success.

### **Scope (Article 3)**

#### Articles 3.1-3.2

The LBI lacks internal consistency when identifying the range of actors and activity intended to be covered. As mentioned previously, the definition of "business activities" is so broad that it can capture any act by a business enterprise, which would be overinclusive and extend far beyond the reach of what anyone would want a business and human rights treaty to address. At the same time, Article 3.2 provides a significant loophole in how states may treat business enterprises domestically and thus undermine the LBI's universal applicability by allowing states to, for example, treat state-owned enterprises differently from other businesses.

#### Article 3.3

The scope of rights intended to be covered by the LBI is inconsistent with international human rights law and is imprecise. Article 3.3 indicates that the scope of the LBI is to cover "all internationally recognized human rights binding on the State Parties" to the LBI but then goes on to list a number of sources for such rights that do not in and of themselves create legally binding obligations, including the nonbinding Universal Declaration of Human Rights and ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Moreover, the reference to customary international law should be more specific, given the variations in understanding as to what human rights obligations constitute customary international law. We encourage consideration of alternatives that provide for a clear and practical scope and are better aligned with the broader human rights law framework.

**Rights of Victims (Article 4)**

The United States recognizes the importance of respecting and promoting human rights in the context of the conduct of business. However, the text of Article 4 is too prescriptive to work in diverse legal systems. For example, it introduces remedies that might not be available in many legal systems.

**Protection of Victims (Article 5)**

We recognize that governments must meet their obligations to protect and promote respect for human rights, and that business enterprises should respect human rights, and we condemn attacks on human rights defenders. However, the text of Article 5 is too prescriptive to work in diverse legal systems. For example, it imposes requirements to hold private offenders accountable in ways that are not aligned with international human rights law. We would be interested in exploring an alternative approach that would be more in line with the existing UN human rights framework, the UNGPs, and more flexible to accommodate different domestic legal systems. For example, an instrument could establish a framework that lays out broad commitments for the parties with protocols that parties could choose to join.

**Prevention (Article 6)**

Due diligence occupies a central role in the UNGPs as a mechanism through which businesses operationalize the corporate responsibility to respect human rights. We note the emergence of corporate human rights due diligence laws in jurisdictions around the world. The United States has several laws encouraging or requiring companies to carry out due diligence, including a requirement to disclose whether their products contain conflict minerals by carrying out supply chain due diligence. It is not clear that an instrument mandating the adoption of such laws and prescribing their specific terms, including extending the due diligence to cover all business relationships of a business enterprise, makes sense in this context and could in fact hinder this progress. An alternative approach based on broad-based stakeholder input could involve better defining due diligence expectations, best practices, and lessons learned, and encouraging dialogue in this area.

**Access to Remedy (Article 7)**

We recognize the importance of effective remedy as set out in the UNGPs. However, as with Articles 4 and 5, the text is too prescriptive to readily accommodate the diversity of domestic legal systems and thus to secure the needed consensus support. We encourage the Working Group to consider whether there is an alternative approach that could offer States more flexibility in how they improve access to effective remedy.

**Broad Scope of Liability (Article 8)**

As with Article 7, we recognize the importance of effective remedy for victims of human rights abuses in the business context. However, we do not believe that such prescriptive rules regarding legal liability is an appropriate way to improve access to remedy given the diversity of legal systems, and we urge the Working Group to step back and consider whether there is a more flexible approach.

**Adjudicative Jurisdiction (Article 9)**

The extraterritorial application of national laws as contemplated by the draft is problematic for the United States and changes in the most recent revision only heighten this concern. A treaty promoting such extraterritorial jurisdiction is not going to obtain broad stakeholder support.

**Statute of Limitations (Article 10)**

We recognize the importance of improving access to remedy, but we do not see Article 10 as an effective way of doing so. It would dispense with the statute of limitations “with respect to all violations of international law which constitute the most serious crimes of concern for the international community as a whole.” Without further defining what constitutes “the most serious crimes,” the standard would be subject to different interpretations, and thus it may be impossible to define the scope of activity for which the statute of limitations should be dispensed. A robust multistakeholder process might allow for a more complete examination of what might be viable, accounting for what various domestic legal systems permit.



**Applicable Law (Article 11)**

Article 11 contains an expansive choice of law provision that is designed to displace domestic choice of law provisions, and with the third revised draft, the choice of law provision has become even broader—further increasing the ambiguity as to what laws of govern over the operations of any given business enterprise. A treaty mandating such broad application of foreign law in domestic courts is unlikely to garner significant support.

**Mutual Legal Assistance (Article 12)**

The United States lauds efforts by governments to help other governments to promote respect for human rights in the context of business activities. Article 12's state obligations to provide legal assistance "to the fullest extent possible under domestic and international law" is far too prescriptive, and without allowing for states to take domestic and other foreign policy priorities into account is unlikely to garner significant support.

**Consistency with International Law (Article 14)**

The United States supports addressing business and human rights in a manner consistent with states' obligations under international law. It would be inappropriate, however, to impose such broad sweeping mandates on states with respect to existing and future agreements, especially in light of the ambiguities in what would constitute "human rights obligations" under the LBI.

**Oversight Body Challenges (Article 15)**

The United States has consistently supported multilateral action to promote respect for human rights by transnational corporations, as it has through the UNGPs. Any proposal to establish a new treaty body of 12 independent experts would entail significant additional outlays in the UN budget, and thus the implications and consequences need to be considered carefully. Additionally, the treaty body provisions are not a modern best practice.

**B. Regional organizations****1. European Union****General requests for clarification:**

The EU would like to request some clarifications regarding:

**Preamble****Article 1. Definitions****Article 2. Statement of purpose**

(Monday, October 25 @ afternoon)

- We would like to know more about the scope of "business enterprises within [States] territory or jurisdiction, or otherwise under their control" (PP7);
- With the caveat that this does not represent a negotiation on behalf of the EU, the mention of HRDs and the related UN Declaration is compatible with the legal and political human rights acquis and as such keeping the reference would be appropriate (PP12);
- With the caveat that this does not represent a negotiation on behalf of the EU, it would be difficult to see a final text without a solid reference to the gender perspective, thus the EU understands those that suggest to maintain the reference (PP15)

The Preamble now recognises the contribution and complementarity role of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to advance respect for human rights in business activities, whereas the second revised draft simply "noted" the UN Guiding Principles. We would like to ask how you see such complementarity between the Guiding Principles and the Legally Binding Instrument: is it not rather the LBI that has a complementary role to the UNGPs? (PP16);

- In Article 1(1), the definition of “victim” now covers persons that have “suffered harm that constitutes human rights abuse”. We would like to know whether this definition is based on and origin from an existing human rights instrument, doctrine or otherwise
- The EU flags that the definition contained in Article 1(2) of “human rights abuses” needs to ensure coherence and full alignment with the meaning on the human rights treaties and ensure compatibility with existing human rights treaties. On the comments on the reference to environment, the EU initiative on sustainable corporate governance includes both human rights and environmental impacts, so in our view it would be important to maintain the reference to the environment.
- On Article 1(3), the EU has a comment on the definition of “Business activities”: looking at the text, this is one of examples of a provision that is both too wide and too vague in its drafting and which will require further improvement;
- The EU understands worries expressed by some delegations on Article 1(5 *bis*)<sup>1</sup>
- Article 2(1), which contains the statement of purpose, provides that one of the objectives of the instrument is “to clarify and ensure respect and fulfilment of the human rights obligations of business enterprises”. We would appreciate some clarification regarding the replacement of the term “responsibility” for the term “obligation of business enterprises”.

### **Article 3. Scope**

#### **Article 4. Rights of victims**

(Tuesday, October 26 @ morning)

- Article 3(1) defines the scope of the instrument as applying to “all business activities, including business activities of a transnational character”. This was the formulation in the first revised draft, whereas the second revised draft defined the scope as applying simply to “all business enterprises”. We would appreciate some clarification on why Article 3(1) refers again specifically to “business activities of transnational character”. The EU also notes the ongoing discussion of singling out and giving emphasis to TNCs only or to use the neutral reference to all business enterprises.
- Article 3(2) is one of the important issues to define due diligence obligations.
- Regarding Art. 4.2.c, should the reference to “appropriate and gender sensitive access to justice, individual or collective reparation” be understood as a reference to new collective rights?

#### **Article 5. Protection of victims**

#### **Article 6. Prevention**

#### **Article 7. Access to remedy**

(Tuesday, October 26 @ morning)

- Article 6.3 - does it business relationships encompass companies’ whole value chain? Does it include any partner, provider or contracting third party?
- Article 6.4 refers to enhanced human rights due diligence. Could you provide more detail on what it refers to?
- The EU also calls the attention to the fact that there is something close to an agreed set standard developed by the OECD on HRDD (with the support of several countries, including those taking part in this negotiation process) and then transposed in legislations (in the form of HRDD), as in the EU legislation on minerals, or in domestic legislation in DRC, Rwanda and Burundi. The impression here is that the LBI is deviating from the practice of HRDD developed by relevant partners in the last two decades.

<sup>1</sup> 1.5 *bis*. “Other business enterprises” denotes all business enterprises that have a transnational character in their operational activities, and does not apply to local businesses registered in terms of relevant domestic law. (Iran, Egypt, Pakistan, Cuba, Indonesia, China).

**Article 8. Legal liability**

(Wednesday, October 27 @ morning)

**Article 9. Adjudicative jurisdiction**

**Article 10. Statute of limitations**

**Article 11. Applicable law**

(Wednesday, October 27 @ afternoon)

**Article 12. Mutual legal assistance and international judicial cooperation**

**Article 13. International cooperation**

**Article 14. Consistency with international law principles and instruments**

(Thursday, October 28 @ morning)

**Articles from 16 to 24**

(Friday, October 29 @ morning)

---