

Accountability voor mensenrechtenschendingen in een geglobaliseerde wereld:

Wanneer hebben staten mensenrechtenverplichtingen buiten hun grenzen?

Arne Vandenbogaerde *

Vandaag hebben niet-statelijke actoren, in het bijzonder bedrijven en internationale organisaties alsook andere (buitenlandse) staten, een invloed op de besluitvorming in een staat. Een treffende illustratie van die herverdeling van de macht is de wereldwijde economische crisis van 2008. Die crisis heeft de onderlinge afhankelijkheid tussen staten bevestigd alsook de macht en invloed van niet-statelijke actoren op de realisatie van mensenrechten, in het bijzonder van economische en sociale rechten (ES rechten). Het is nu duidelijk dat onder andere de privatisering van de sociale sectoren, de liberalisering van de handel en de invloedssfeer van internationale instellingen in een snel tempo vorm geven aan de aard van de bedreigingen voor ES rechten. In de afgelopen decennia hebben er ook veel juridische ontwikkelingen op het gebied van ES rechten plaatsgevonden. Het wetenschappelijk onderzoek rond ES rechten is sterk toegenomen, er is een einde gekomen aan het debat rond de afdwingbaarheid van ES rechten (met inbegrip van een groeiende erkenning van die rechten op nationaal niveau) en we hebben nu ook een internationale klachtenprocedure die schendingen van ES rechten kan behandelen. Toch schieten die juridische ontwikkelingen tekort in het beschermen van individuen in onze geglobaliseerde wereld. Het internationale recht van de mensenrechten dat we vandaag kennen, faalt namelijk grotendeels in het controleren van degenen die invloed uitoefenen op de realisatie van mensenrechten.

zoals (transnationale) bedrijven en internationale (financiële) instellingen. De verplichtingen van buitenlandse staten, in het bijzonder verplichtingen met betrekking tot ES rechten, worden onvoldoende erkend en bijgevolg onvoldoende nageleefd. Mensenrechtenorganen en -hoven erkennen wel in toenemende mate de extraterritoriale toepassing van mensenrechtenverdragen maar de jurisprudentie is qua reikwijdte nog steeds beperkt. Internationale mensenrechtenhoven zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) benadrukken namelijk dat extraterritoriale verplichtingen enkel in 'uitzonderlijke omstandigheden' kunnen worden erkend (zie hieronder). Bovendien is de jurisprudentie beperkt tot burgerlijke en politieke rechten, waardoor er nog veel onduidelijkheid is over de extraterritoriale verplichtingen van staten op het gebied van ES rechten. De opkomst en macht van niet-statelijke actoren is niet inherent schadelijk voor de realisatie van mensenrechten, of een ontwikkeling die alleen kan worden toegeschreven aan de huidige (neoliberale) vorm van globalisering. De negatieve impact van die actoren mag niet automatisch leiden tot een oproep tot de ontbinding van de macht van bijvoorbeeld transnationale bedrijven en internationale financiële instellingen. Integendeel, aangezien veel actuele mondiale problemen (klimaatverandering, armoede, ...) alleen kunnen worden opgelost door mondiale actie lijkt het nodig om sterke internationale organisaties te hebben die dergelijke actie kunnen ondersteunen. Ook (transnationale) bedrijven kunnen bijdragen tot de realisatie van mensenrechten gezien ze belastinginkomsten genereren, banen creëren en nieuwe technologieën ontwikkelen. Als die organisaties echter een (belangrijke) rol spelen bij de realisatie van mensenrechten dan moeten zij ook verantwoording afleggen op het gebied van mensenrechten. Niet-statelijke actoren hebben echter nog steeds geen directe (mensenrechtelijke) verplichtingen. Nochtans is de erkenning van de negatieve invloed van die actoren op de realisatie van mensenrechten zeker niet nieuw. Reeds in de jaren 1980 wezen experts bijvoorbeeld

Recht vs. realiteit

Een van de belangrijkste hedendaagse kwesties in het recht van de mensenrechten is de verantwoordelijkheid aangaande schendingen en de realisatie van mensenrechten van 'buitenlandse staten' (staten die buiten hun grenzen handelen) en niet-statelijke actoren,

* Arne Vandenbogaerde is postdoctoraal onderzoeker aan de onderzoeksgroep Recht en Ontwikkeling van de Universiteit Antwerpen. Dit artikel is een aangepast uittreksel uit zijn doctoraats thesis. Arne Vandenbogaerde, *Contours and viability of a multi-duty-bearer accountability framework in the field of economic, social and cultural rights*, Antwerpen, Universiteit Antwerpen 2015.

op de nadelige gevolgen van de structurele aanpassingsprogramma's van de Wereldbank en het IMF op het genot van ES rechten.¹ Verder is de discussie rond bedrijven en mensenrechten ook al decennia aan de gang binnen de Verenigde Naties (VN). Een analyse van de bestaande *accountability* mechanismen in het internationale en regionale mensenrechtensysteem leert ons echter dat de grote meerderheid van die mechanismen alleen 'indirecte verantwoordelijkheid' kunnen verschaffen: de territoriale staat wordt verantwoordelijk gehouden voor handelingen van die actoren, niet de actoren zelf. Kortom, andere actoren dan de territoriale staat worden nog steeds niet (voldoende) juridisch verantwoordelijk gehouden wanneer zij mensenrechten schenden. Met andere woorden, er is een spanning tussen het bestaande recht van de mensenrechten en de dagelijkse realiteit. Het huidige recht en de bijhorende klachtenmechanismen bieden onvoldoende of geen bescherming tegen de schadelijke acties van andere actoren dan de territoriale staat. Zoals De Feyter heeft opgemerkt: het regime van mensenrechten lijkt in afwezigheid van zijn belangrijkste overtreders (de territoriale staat) niet te werken.² Dit heeft als gevolg dat de geleverde bescherming door het recht van de mensenrechten in toenemende mate een fictie wordt en bijgevolg ondoeltreffend in de context van hedendaagse schendingen.

Macht = accountability

Niettegenstaande de wetenschappelijke ondersteuning voor een uitbreiding van de plichtendragers in het recht van de mensenrechten blijft de juridische bouw van die oplossing onderontwikkeld. Het grootste deel van het onderzoek in het laatste decennium heeft zich gericht op de loutere erkenning van mensenrechtenverplichtingen van buitenlandse staten en niet-statelijke actoren in het bestaande recht. Er is minder gefocust op mogelijke regels voor de toekenning en verdeling van de verplichtingen en verantwoordelijkheid van die actoren. Met andere woorden: hoe het recht er zou moeten uitzien (*lex ferenda*). De doelstelling van *accountability* (rekenschaps-plichtigheid) is het controleren of beheren van macht. Macht is van essentieel belang voor het concept van *accountability*: zodra er macht is moet er *accountability* zijn. Die doelstelling van *accountability* is compatibel met de notie dat mensenrechten zich fundamenteel bekommeren om de controle van macht. Het zijn normen en bijhorende procedures die de macht ter verantwoording roepen. Bovendien bepaalt bovenstaande erkenning niet wiens macht moet worden gereguleerd: *accountability* is 'actor neutraal'. Bijgevolg betekent *accountability* voor het mensenrechtenkader dat we het idee moeten verlaten dat het recht van de mensenrechten uitsluitend of

hoofdzakelijk als doel heeft te beheersen van de macht van de territoriale staat. De argumenten voor een uitbreiding van de plichtendragers in het recht van de mensenrechten is gebaseerd op het feit dat macht rekenschapsplichtigheid inhoudt. Met andere woorden, als buitenlandse staten of niet-statelijke actoren macht uitoefenen, moeten ze daarvoor ook ter verantwoording worden geroepen. Dit leidt natuurlijk tot de vraag: welk soort macht leidt precies tot de verplichtingen van die actoren? We zullen in dit artikel bij die vraag stilstaan, en in het bijzonder bij de vraag wanneer buitenlandse staten dergelijke verplichtingen hebben. Vooral dat laatste is nog altijd zeer controversieel.

Rechtsmacht

Of staten onder het recht van de mensenrechten verplichtingen hebben, hangt af van het antwoord op de vraag of zij 'jurisdictie' of rechtsmacht hebben. Wanneer een staat rechtsmacht heeft, kan hem verplichtingen worden toegewezen. De achtergrond voor de controversie omtrent rechtsmacht of jurisdictie is de spanning tussen het streven naar een universele eerbiediging van de mensenrechten en de mogelijkheid voor plichtendragers om te voldoen aan hun (extraterritoriale) verplichtingen. Men kan toch moeilijk een staat verantwoordelijk houden voor alles wat buiten zijn grondgebied gebeurt? Er zijn geen inherente procedurele of inhoudelijke beperkingen in de verschillende *accountability* mechanismen die de mensenrechtenverplichtingen van staten *a priori* beperken tot wat er binnen hun grondgebied gebeurt. De meeste internationale en regionale mensenrechtenorganen (zoals de VN comités) hebben een breed mandaat dat hen toelaat om extraterritoriale verplichtingen van staten te behandelen. De reikwijdte van de internationale en regionale individuele klachtenprocedures (zoals onder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden) zijn ook niet inherent territoriaal beperkt. In de praktijk worden de jurisdictionele clausules echter gebruikt om de toekenning van extraterritoriale verplichtingen (restrictief) af te bakenen. Tot op zekere hoogte erkennen mensenrechtshoven en comités dat staten een verantwoordelijkheid dragen voor hun daden en/of nalatigheden buiten hun grenzen. Rechtsmacht is volgens die mechanismen fundamenteel verbonden met het grondgebied van een staat en enkel in uitzonderlijke gevallen kan een staat verplichtingen worden toegewezen buiten zijn grondgebied. Die uitzonderlijke omstandigheden doen zich voor wanneer een staat controle uitoefent over een grondgebied of over personen buiten zijn grenzen. Laten we eerst even stilstaan bij het zogenaamde territoriale karakter van rechtsmacht, vooraleer we ingaan op de controletest voor het toewijzen van verplichtingen. Een territoriale

¹ Zie bijvoorbeeld: R. M., Abouharb; D. Cingranelli, *Human Rights and Structural Adjustment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

² K. De Feyter, *Human rights: Social Justice in the Age of the Market*, London, Zed Books, 2005, p. 22.

'aarding' van mensenrechten-verplichtingen moet worden afgewezen om twee belangrijke redenen. Ten eerste wordt op grond van de universele realisatie van mensenrechten een geografische basis onhoudbaar geacht. De herhaalde verklaringen van staten tot het realiseren van mensenrechten voor iedereen en overal kunnen enkel worden geschraagd door universele mensenrechtenverplichtingen. Bijgevolg lijkt het 'exceptionality' argument te moeten worden omgedraaid: mensenrechtenverdragen gelden overal en zijn slechts in uitzonderlijke gevallen beperkt tot het grondgebied (dat is wanneer er een specifieke territoriale beperking voorzien is in het verdrag). Ten tweede moet men de territoriale aarding van de verplichtingen ook afwijzen op louter empirische gronden. We leven in een geglobaliseerde wereld waar grenzen elke dag onbeduidender worden en waar andere actoren dan de territoriale staat invloed uitoefenen op de realisatie van mensenrechten. Het verankeren van mensenrechtenverplichtingen in het grondgebied van een staat is niet compatibel met de werkelijkheid. Een laatste argument voor het 'de-territorialiseren' van rechtsmacht is het feit dat het onderscheid tussen territoriale en extraterritoriale verplichtingen in het kader van directe verplichtingen voor bedrijven of internationale organisaties zinloos is. Als men effectief gaat naar een mensenrechtenkader met meerdere plichtendragers zal de toekenning van verplichtingen door 'niet-territoriale' factoren moeten gebeuren, daar actoren zoals bedrijven geen grondgebied hebben. Kortom, het verwerpen van de traditionele notie dat rechtsmacht fundamenteel territoriaal is, lijkt dus essentieel indien we andere actoren ter verantwoording willen roepen.

ES Rechten en rechtsmacht?

Kan me dan ook niet verder met de - in het bijzonder door het EHRM - uitgewerkte controletest over personen en grondgebied voor het toewijzen van verplichtingen? Hier moeten twee zaken worden opgemerkt. Ten eerste zijn de rechtsmachtprincipes van effectieve controle over grondgebied of controle over personen enkel toepasbaar in een beperkt aantal gevallen. Veel schendingen van mensenrechten, in het bijzonder ES rechten, vallen buiten de beperkte scenario's van 'effectieve controle'. Buitenlandse staten hebben namelijk vaak geen controle over het grondgebied of over de betrokken personen wanneer ze mensenrechten in het buitenland schenden (bv. schendingen veroorzaakt door economische maatregelen). Ten tweede bemoeilijken ES rechten de toerekening van extraterritoriale verplichtingen, daar het Internationaal Verdrag inzake Economische,

Sociale en Culturele rechten (IVESCR) staten verreichende positieve extraterritoriale verplichtingen oplegt. Meer in het bijzonder gaat het om situaties waar er geen eerdere link bestaat tussen een individu en de plichtendragers. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de verplichting tot het scheppen van een internationaal gunstig klimaat voor de realisatie van de mensenrechten of de verplichting om internationale hulp en samenwerking te verstrekken. Die (positieve) verplichtingen worden ook wel verplichtingen met een globaal karakter genoemd. Dit gaat dus verder dan de koppeling van mensenrechtenverplichtingen aan de negatieve gevolgen van het handelen of nalaten van een staat. Dergelijke verplichtingen met een globaal karakter kunnen niet worden toegekend op een feitelijke basis (zoals *de facto* controle over het grondgebied) omdat er gewoon geen dergelijke basis of voorafgaande link is. Rechtsmachtprincipes die steunen op controle (zoals fysieke controle over personen) lijken alleen te werken in een beperkt aantal gevallen waarin een staat moet afzien van directe inmenging in de realisatie van mensenrechten buiten haar grenzen (de extraterritoriale verplichting tot eerbiedigen). Bovendien heeft het gebruik van de controletest tot onbevredigende resultaten geleid in de jurisprudentie aangezien er discussie is over wat 'controle' juist betekent.³ Aangezien bij de verplichtingen die voortvloeien uit het IVESCR de bovenstaande invulling van rechtsmacht enkel beperkt bruikbaar is, heeft men geopperd om rechtsmacht niet te gebruiken in de context van ES rechten. Er is dan ook geen verwijzing naar rechtsmacht in het IVESCR. Dit wil echter niet zeggen dat het concept niet zal worden gebruikt. Ten eerste is het vastgelegd in het protocol dat een klachtenprocedure voorziet voor schendingen van het IVESCR. Ten tweede leert de praktijk ons dat zelfs wanneer in het klachtenmechanisme (bijvoorbeeld in een interstatelijke klachtenprocedure) niet is voorzien in een rechtsmachtvereiste, dit vereiste toch zal worden gebruikt om verplichtingen toe te wijzen. Het gebruik van de notie rechtsmacht lijkt met andere woorden, onvermijdelijk.

Verplichtingen en verantwoordelijkheid

Bijgevolg dringt een heroverweging van de invulling van de notie rechtsmacht zich op. Ngo's, samen met academici en mensenrechtenexperten, hebben geprobeerd jurisdictie te herinterpreteren zodat het compatibel is met de volledige reikwijdte van verplichtingen op het gebied van ES rechten. De meest uitvoerige poging om dit te doen is te vinden in de Maastricht Principles on Extra-Territorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (ETO Principles).⁴ Die ETO principes erkennen de spatiale of

³ Zie in het bijzonder: EHRM, 12 december 2001, *Bankovic et al. tegen België (et al.)*.

⁴ De principes en commentaar van de drafters hierbij kunnen hier worden gevonden: O. De Schutter, e.a., "Commentary to the Maastricht Principles on Extra-Territorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights", (2012) Vol. 34, nr. 4, *Human Rights Quarterly*, p. 1084-1169. Voor een bespreking zie ook: W. Vandenhole en A. Vandenbogaerde, "Voorbij de Territoriale Staat: De Maastricht Principles over Extraterritoriale Mensenrechtenverplichtingen" (2012), nr 2, *TVMR*, p. 9-12.

persoonlijke controletest maar gaan verder door *inter alia* te stellen dat een staat ook verplichtingen heeft in situaties waarin hij beslissende invloed kan uitoefenen of maatregelen kan nemen om economische, sociale en culturele rechten extraterritoriaal te realiseren (ETO Principe 9c). Dit gaat duidelijk veel verder dan de huidige rechtspraak en omvat heel veel situaties waarin staten verplichtingen zouden hebben (telkens wanneer de staat maatregelen kan nemen). Wat echter problematisch is, is dat ook die progressieve ETO principes vertrekken vanuit dezelfde uitgangspunten als de mensenrechtenhoven en -comités: ze kennen verplichtingen toe naargelang de feitelijke of reële capaciteit van de plichtendrager om die te vervullen. Dit lijkt misschien logisch: een staat kan immers niet verantwoordelijk zijn voor alle individuen en dus moet rekening worden gehouden met de realistische naleving van de verplichtingen van die staat. Die uitgangspunten leiden er echter toe dat ze niet geschikt zijn om verplichtingen toe te kennen aan buitenlandse staten. Men kan rechtsmacht namelijk niet gebruiken om geen onrealistische verplichtingen op te leggen aan staten. Rechtsmacht bepaalt niet de inhoud van verplichtingen enkel wanneer een staat verplichtingen heeft. Bovendien beperkt de werkelijke capaciteit van een staat om maatregelen te nemen niet de verplichtingen van die staat, maar zijn verantwoordelijkheid. De toewijzing van verplichtingen gaat vooraf aan elke bepaling van verantwoordelijkheid (zoals verstaan onder artikel twee van de International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility) van een staat. Rechtsmacht zegt niets over de verantwoordelijkheid van een staat voor een schending. De verantwoordelijkheid van een staat wordt bepaald door de beoordeling van diens werkelijke capaciteit (bv. de financiële mogelijkheden van de staat). Met andere woorden, als men verantwoordelijkheid toeschrijft, moet men een onderscheid maken tussen het onvermogen van een staat en zijn onwil om te voldoen aan zijn verdragsverplichtingen. Indien we tegelijkertijd principes op basis van daadwerkelijke capaciteit gebruiken voor de bepaling van de verplichtingen én verantwoordelijkheid dan leidt dit tot een conceptuele warboel. Wat nu? Als rechtsmachtsprincipes niet kunnen worden gebaseerd op de werkelijke capaciteit van een plichtendrager, zoals de controle over grondgebied of financiële mogelijkheden, op wat moet het dan wel gebaseerd zijn?

Respect, protect, fulfil

In het domein van de ES rechten is er een drievoudige typologie van verplichtingen: de verplichting tot eerbiedigen (*respect*), beschermen (*protect*), en vervullen (*fulfil*). We stellen dat de verplichting om te eerbiedigen, een basisverplichting, altijd toe te schrijven

is. Die verplichting volgt gewoon de activiteiten van een buitenlandse staat. Wij zijn het oneens met de afwijzing door EHRM's van de stelling dat '*anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention*'.⁵ Wanneer een buitenlandse staat actie onderneemt, dan moet hij ervoor zorgen dat hij geen negatieve invloed uitoefent op de realisatie van mensenrechten. Een staat kan zijn verplichtingen tot het respecteren van mensenrechten niet achterlaten aan zijn grenzen. Belangrijk daarbij is dat het irrelevant is of een buitenlandse staat al dan niet rechtmatig handelt (binnen zijn juridische capaciteit) op het grondgebied van een andere staat. Het zijn de activiteiten van een buitenlandse staat op dat grondgebied die ons in staat stellen verplichtingen toe te wijzen. Dit maakt natuurlijk dat de toewijzing van gedrag (*attribution of conduct*) een belangrijk aspect wordt in het toewijzen van verplichtingen in grensoverschrijdende situaties.

Wat met de positieve verplichtingen van staten om mensenrechten te beschermen en te vervullen? In situaties waar er geen eerdere link is tussen de buitenlandse staat en het individu (zie hierboven, verplichtingen met een globaal karakter), zou de toekenning van de (positieve) verplichtingen gebeuren op basis van de vraag of staten een wettelijke bevoegdheid (juridische capaciteit) hebben om te handelen. Dit impliceert een '*can implies ought*' positie: wanneer het internationaal recht een staat toelaat op te treden en zijn verplichting uit te voeren moet hij dit (proberen te) doen. Bijgevolg kan de verplichting te beschermen en te vervullen binnen de grenzen van het internationale recht toegeschreven worden aan een buitenlandse staat. Als bijvoorbeeld een bedrijf op het grondgebied van een staat is geregistreerd, dan heeft die staat de wettelijke bevoegdheid om het gedrag van dat bedrijf te reguleren en kan de verplichting van die staat tot beschermen worden toegeschreven op grond van zijn juridische capaciteit. Simpel gezegd: wanneer het internationaal recht een staat toelaat op te treden en zijn positieve verplichtingen te implementeren moet die staat dat proberen te doen. Dit betekent niet dat een buitenlandse staat automatisch verantwoordelijk zal worden gesteld indien hij niet gehandeld heeft. Indien de staat kan bewijzen dat hij niet in staat is om zijn verplichtingen te vervullen door een gebrek aan middelen (de feitelijke capaciteit van een staat), dan kan hij niet verantwoordelijk worden gesteld. Dit betekent echter niet dat hij geen verplichtingen heeft buiten zijn grenzen.

5 *Banković and others v. Belgium and others, Admissibility Decision, European Court of Human Rights, (Application no. 52207/99, 2001b), para. 75.*