

NYT MÆGLINGS- OG KLAGEORGAN MEDFØRER RISIKO FOR VILKÅRLIGHED

Den 1. november 2012 træder lov om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd i kraft. Mæglings- og Klageinstitutionen skal bl.a. vurdere virksomheders overholdelse af OECD's retningslinjer for multinationale virksomheder¹, herunder menneskerettigheder. Særligt når det gælder menneskerettigheder, er OECDs retningslinjer dog stærkt problematiske. De menneskerettighedsinstrumenter, som OECDs retningslinjer bygger på, er udformet med henblik på at binde stater, ikke virksomheder. Endvidere indeholder adskillige af de relevante menneskerettighedskonventioner bestemmelser, der er vage og uklare. Disse forhold har medført, at Danmark har undladt at ratificere eller undladt at give ret til individuel klageadgang i forhold til en række konventioner. Dermed risikerer danske virksomheder at blive indklaget på baggrund af konventioner, som Danmark enten slet ikke har ratificeret eller, hvor Danmark har afvist individuel klageadgang. Dette har været tilfældet i Norge og Storbritannien. Samlet set medfører Mæglings- og Klageinstitutionen, at danske virksomheder vil blive bedømt på baggrund af mere eller mindre vilkårlige fortolkninger af uklare og upræcise bestemmelser, uden mulighed for at forudse, hvilke handlinger eller udeladelser, der medfører overtrædelser. På denne baggrund anbefales det, at loven ændres, og at der indføres en række retssikkerhedsmæssige garantier, der klargør de forpligtelser, som klageinstitutionen kan tage stilling til. Endvidere bør der fremadrettet arbejdes på internationalt bindende standarder, der forpligter landene til nationalt at vedtage specifikke, målrettede og klare forpligtelser for virksomheder snarere end at forsøge at forpligte virksomheder til at efterleve uklare menneskerettighedsforpligtelser baseret på konventioner, der kun svært kan anvendes på virksomheder.

1. Indledning

Ifølge lov om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd (Loven) er oprettelsen af mæglings- og klageinstitutionen (klageinstitutionen) i vidt omfang baseret på en rapport fra 12. oktober 2011 fra Rådet for Samfundsansvar.² Denne rapport anbefalede at oprette en sådan institution i overensstemmelse med OECDs Retningslinjer for Multinationale Virksomheder (OECD Retningslinjerne), der forpligter medlemslandene til at oprette såkaldte nationale kontaktpunkter.³ I 2011 tilføjedes et nyt kapitel om menneskerettigheder til OECD Retningslinjerne. Dette kapitel er i vidt omfang en inkorporering af FNs Guiding Principles on Business and Human Rights (FN Principperne), udarbejdet af Harvard professor John Ruggie, og vedtaget af FNs Menneskerettighedsråd 11. juni 2011.⁴ OECDs Retningslinjerne og – for så vidt angår menneskerettigheder – dermed FN Principperne – udgør det grundlag, som Mæglings- og klageinstitutionen skal tage udgangspunkt i ved vurderingen af, om danske virksomheder efterlever internationale menneskerettighedsnormer. Dette notat behandler alene spørgsmålet om klageinstitutionens fremtidige anvendelse af menneskerettigheder, mens andre dele af OECD Retningslinjerne ikke berøres.

¹ L 125 Vedtaget af Folketinget ved 3. behandling den 12. juni 2012

² <http://www.raadetforsamfundsansvar.dk/graphics/Samfundsansvar.dk/raadetforsamfundsansvar/Dokumenter/R%E5dets%20anbefalinger%20til%20Protect.pdf>

³ http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34889_2397532_1_1_1_1,0.html

⁴ <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>

2. Mæglings- og klageinstitutionen.

Af Lovens generelle bemærkninger fremgår det, at formålet med oprettelsen af klageinstitutionen er, at den

hurtigt og effektivt kan behandle sager om overtrædelse af internationale standarder og principper om global ansvarlig virksomhedsadfærd, jf. de til enhver tid gældende OECD's Retningslinjer for Multinationale Virksomheder. Retningslinjerne beskriver, hvad der betragtes som ansvarlig virksomhedsadfærd i forhold til emner såsom menneskerettigheder[...]Mæglings- og klageinstitutionen foretager alene en vurdering af, om retningslinjerne er efterlevet, og kan i denne forbindelse tilbyde alternative løsningsmuligheder som f.eks. mægling.

Det fremgår endvidere, at det i særdeleshed er danske virksomheders aktiviteter i udlandet der nødvendiggør klageinstitutionen:

Behovet for at oprette en ikke-retlig institution har konkret sit udspring i de juridiske udfordringer, der kan opstå ved mistanke om overtrædelser af f.eks. menneskerettigheder begået af virksomheder i lande, hvor lokal lovgivning enten ikke er på niveau med internationale regler eller ikke håndhæves. Stater kan som udgangspunkt kun håndhæve lovgivningen inden for statens eget territorium. Hensigten er at sikre danske virksomheder, der gør forretning på de globale markeder, en forudsigelig og troværdig håndtering af tvister om brud på OECD's Retningslinjer for Multinationale Virksomheder. Samtidig er hensigten med den ikke-retlige mæglings- og klageinstitution at sikre bedre rammer for, at personer eller grupper, der har været udsat for overtrædelser af OECD's Retningslinjer for Multinationale Virksomheder, kan få deres sag behandlet.

Det må således antages, at klageinstitutionens kerneaktivitet vil bestå i at behandle klagesager over danske virksomheders ageren i udlandet, typisk i udviklingslande. Det er vigtigt at understrege, at klageinstitutionen ikke kan træffe retligt bindende afgørelser. Dens fokus skal være på mægling, og kan der ikke opnås enighed, eller er der tale om grove krænkelse, kan klageinstitutionen komme med en udtalelse om, hvorvidt den pågældende virksomhed må antages at have krænket menneskerettigheder eller ej. Det er dog ikke usandsynligt, at klageinstitutionens udtalelser vil kunne få en afsmittende virkning på retligt bindende normer i form af lovgivning og domstolspraksis.

Selvom klageinstitutionen ikke kan træffe retlige afgørelser bruger Loven retlige termer som "brud", "overtrædelse" og "efterleve", der forudsætter en retlig tilgang til klagesager, ligesom de underliggende menneskerettighedskonventioner, som klageinstitutionen skal basere sin bedømmelse på overvejende udgøres af juridiske instrumenter. Uanset, at klageinstitutionens udtalelser ikke er retligt bindende må det dog antages, at udtalelserne vil kunne medføre alvorlige skadevirkninger for virksomheder, der bliver genstand for en udtalelse, der konkluderer, at virksomheden har overtrådt menneskerettighedsstandarder. Man kan eksempelvis forestille sig omfattende negativ mediebevågenhed, ligesom man kan forestille sig forbrugerboykots, faldende aktiekurser, og frafald af investorer, leverandører og andre samarbejdspartnere. Sådanne konsekvenser må virksomheder, der eksempelvis begår

ulovligheder, naturligvis finde sig i. Men indtræder sådanne konsekvenser som følge af en udtalelse fra et offentligt organ, der beror på en klage, der kan indgives af enhver, må der stilles høje krav til forudsigeligheden og gennemskueligheden af de forpligtelser, som et sådant organ tager stilling på baggrund af.

Spørgsmålet om, hvordan rettigheder udformet med henblik på stater kan overføres på virksomheder, var genstand for et folketingsspørgsmål til erhvervsminister Ole Sohn. Til dette svarede erhvervsministeren, bl.a. at

For mig at se er der ingen retssikkerhedsmæssige udfordringer forbundet med dette lovforslag. Mæglings- og klageinstitutionen skal ikke fungere som en domstol. Institutionen skal hjælpe parterne til i fællesskab at finde en løsning enten ved at hjælpe virksomheden til selv at løse sagen eller ved mægling mellemparterne. Hvis mægling ikke er mulig, eller der er tale om grove krænkelse af internationale principper, skal institutionen undersøge sagen. På den baggrund skal institutionen komme med en udtalelse om, hvorvidt den vurderer, at virksomheden har overtrådt internationale principper. Hvis dette er tilfældet, kan institutionen komme med anbefalinger til, hvad virksomheden bør gøre for fremover at undgå krænkelse af internationale retningslinjer. Mæglings- og klageinstitutionen har grundlag i såvel FN's Guiding Principles for Business and Human Rights, som OECD's retningslinjer for Multinationale Virksomheder... Med mæglings- og klageinstitutionen skabes et sted, hvor danske virksomheder kan få troværdig, forudsigelig og gennemskuelig håndtering af tvister om eventuelle krænkelse af internationale retningslinjer, som virksomhederne allerede vurderes efter i dag. En sådan tvisthåndtering er for mig udtryk for en øget retssikkerhed.⁵

Som det fremgår af erhvervsministerens svar forholder han sig ikke til problemstillingen om, hvorledes rettigheder udformet med henblik på stater overføres på virksomheder, men forudsætter blot, at disse rettigheder er forudsigelige og gennemskuelige, hvilket dog ikke er tilfældet, jf. nærmere nedenfor. Det er da også bemærkelsesværdigt, at Advokatrådet i en udtalelse som Lovforslaget konkluderede, at

”Advokatrådet skal på baggrund af ovenstående bemærkninger opfordre regering og Folketing til nøje at overveje, om den fremlagte model efter en samlet vurdering i tilstrækkelig grad balancerer hensynet til at fremme de nævnte standarder over for hensynet til virksomhedernes retssikkerhed”.⁶

⁵ Besvarelse af spørgsmål 2 ad L 125 stillet af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget den 24. april 2012 efter ønske fra Kim Andersen (V). (16. maj 2012).

⁶ Henvendelse til Folketingets Erhvervsudvalg af 10. maj 2012 tilgængelig her: <http://www.google.dk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&ved=0CDsQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.advokatsamfundet.dk%2FOmAdvokatsamfundet%2FHoeringssvar%2FHoeringssvar%2F2012%2F~%2Fmedia%2FHoeringssvar%2F520pdf%2F2012-1451%2520Vedr%25C3%25B8rende%2520L%2520125%2520-%2520Forslag%2520til%2520lov%2520om%2520m%25C3%25A6gling-%2520og%2520klageinstitutionen%2520for%2520ansvarlig%2520virksomhedsadf%25C3%25A6rd.ashx&ei=ABk-UMTVCsbdtAbp4YGACQ&usq=AFQjCNG2pxiYv8jm1RJs nhjq0JT0ORn5RQ&sig2=D-cpDeawfXSGIB91ubYEzg>

3. OECD Retningslinjernes indhold

3.1. Generelle principper

Som nævnt bygger OECD Retningslinjernes kapitel om menneskerettigheder på FN Principperne. OECD Retningslinjerne og FN Principperne er ikke retligt bindende standarder, men eftersom de er blevet godkendt af en lang række stater samt internationale organisationer, vil de utvivlsomt få en afsmittende effekt på national og international praksis og lovgivning. Eksempelvis har EU Kommissionen i en rapport fra oktober 2011 udtalt, at man forventer, at alle EU baserede virksomheder efterlever FN Principperne, samt opfordret alle EU stater til at udvikle nationale strategier til efterlevelse af disse, ligesom Kommissionen i løbet af 2012 vil udgive en rapport om EU's prioriteter i forhold til efterlevelse af FN Principperne og efterfølgende løbende udgive status rapporter herom.⁷ FN Princippernes forfatter John Ruggie har selv foreslået, at effektiv håndhævelse af FN Principperne kan ske ved hjælp af vedtagelse af et juridisk bindende instrument.⁸ Det er også klart, at ledende NGO'er som Oxfam, Human Rights Watch og Amnesty alle går ind for juridisk bindende standarder.

Henset til klageinstitutionens kvasi-juridiske natur og de potentielle vidtrækkende konsekvenser af dets udtalelser, er det afgørende, at de menneskerettighedsforpligtelser, som klageinstitutionen skal tage udgangspunkt i, og som virksomhederne bliver bedømt på baggrund af, er klare, gennemskelige og forudsigelige, samt at klageinstitutionen i modsætning til en række specialiserede menneskerettighedsorganer ikke anlægger en aktivistisk eller dynamisk fortolkningsstil.

Ifølge OECD Retningslinjerne og FN Principperne skal virksomheder som minimum respektere rettighederne i den såkaldte "International Bill of Human Rights", der består af Verdenserklæringen fra 1948, Konventionen om Borgerlige og Politiske Rettigheder og Konventionen om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder begge fra 1966. Hertil skal lægges en række fundamentale ILO-konventioner. Både OECD Retningslinjerne og FN Principperne fastslår dog, at virksomheder bør respektere rettigheder for specifikke grupper, såfremt virksomhedernes aktiviteter påvirker sådanne. Både OECD Retningslinjerne og FN principperne nævner således også en række andre FN instrumenter herunder både konventioner (som konventionen om vandrende arbejdstagere) og erklæringer, som ikke er retligt bindende (som erklæringen om indfødte folks rettigheder og erklæringen om personer tilhørende, nationale eller etniske, religiøse og sproglige mindretal).⁹

Det er også klart, at de menneskerettighedsforpligtelser, som virksomheder skal efterleve – uanset hvor i verden - ikke kan opfyldes ved blot at overholde de love og regler, der gælder – eller håndhæves – i den enkelte stat. I FN Principperne hedder det herom:

"The responsibility to respect human rights is a global standard of expected conduct for all business enterprises wherever they operate. It exists independently of States' abilities and/or willingness to fulfil their own human rights obligations, and does not diminish those obligations.

⁷ <http://www.csreurope.org/data/files/Publications/EUPresidencyConferenceReport.pdf>

⁸ <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-special-mandate-follow-up-11-feb-2011.pdf>

⁹ OECD Retningslinjerne p. 32 punkt 39-40

And it exists over and above compliance with national laws and regulations protecting human rights (2.A.11)”

Men for danske virksomheder, der typisk vil være underlagt en intens lovregulering inden for de områder, der er genstand for den menneskeretlige regulering, vil der i visse tilfælde være tale om et ”ekstra lag” af forpligtelser, som disse virksomheder nu vil blive bedømt i forhold til. Det er i den forbindelse igen væsentligt at holde sig for øje, at samtlige af disse konventioner og erklæringer alene er adresseret til og (i det omfang de er juridisk bindende) alene skaber juridiske forpligtelser for stater. Det er således ikke muligt for en virksomhed at ifalde ansvar for overtrædelse af en menneskerettighedskonvention, da de er udformet med stater for øje. I et vist omfang kan stater ved nationale og internationale domstole ifalde et menneskeretligt ansvar for ikke at skride ind overfor eller medvirke til virksomheders ageren, men i disse situationer er det stadig de ratificerende stater, der er ansvarssubjektet. Det er således ikke muligt at indklage en virksomhed for den Europæiske Menneskerettighedsdomstol eller for de af FNs konventionsorganer, der kan behandle individuelle klagesager som eks. FNs Menneskerettighedskomiteé. Til gengæld er virksomheder i langt de fleste lande underlagt en lang række forpligtelser i form af almindelig og særlovgivning samt regulering på områder som arbejdssikkerhed, miljø, finansiel regulering m.v. Og i lande med veludviklede retsvæsnere, fri presse, politisk pluralisme og lav grad af korruption vil virksomheder i vidt omfang allerede blive holdt ansvarlige for deres aktiviteter via nationale myndigheder, domstole og pressen.

I forhold til Danmark er det væsentligt at bemærke, at Danmark ikke har ratificeret eksempelvis konventionen om vandrende arbejdstagere, ligesom Danmark ikke har ratificeret tillægsprotokoller vedrørende individuel klageadgang til Konventionerne om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder og handicappedes rettigheder.

Som uddybet nedenfor vil danske virksomheder dermed risikere at blive bedømt i forhold til konventioner, som den danske stat ikke har ratificeret, erklæringer der end ikke er juridisk bindende for stater, og i forhold til konventioner, hvor Danmark selv har afvist at tillade klageadgang i forhold til den danske stats ageren.

Det forhold, at OECD Retningslinjerne og FN Principperne ikke udtømmende og præcist identificerer de menneskerettighedsinstrumenter, som virksomheder forventes at efterleve, må anses for stærk problematisk. Problemerne med at identificere det nærmere indhold af de forpligtelser, som virksomheder forventes at respektere forstærkes yderligere, når man dykker ned i de enkelte rettigheder i de relevante konventioner og instrumenter. Hverken Loven, OECD Retningslinjerne, FN Principperne eller rapporterne fra Rådet for Samfundsansvar giver eksempler på, hvorledes konkrete rettigheder skal forstås eller fortolkes i forhold til virksomheders ansvar. Det tætteste, vi kommer på at identificere forpligtelserne, er en række grundprincipper som fremhæves i FN Principperne og Loven, samt praksis fra andre nationale kontaktpunkter.

3.2. ”Protect, respect and remedy”

FN’s principper bygger på tre grundforpligtelser, ”protect, respect and remedy”. Det første princip drejer sig om staternes pligt til at beskytte imod menneskerettighedskrænkelser fra tredje parter ved at vedtage lovgivning, regulering og politikker. I det andet princip ligger der en målsætning om, at virksomheder skal respektere menneskerettighederne ved eksempelvis at lave en due diligence (nødvendig omhu) i forhold til, hvordan virksomhedens aktiviteter påvirker menneskerettigheder, og hvordan virksomheden kan undgå at krænke og medvirke til at krænke menneskerettighederne, samt hvordan virksomheder kan adressere

alvorlige menneskerettighedskrænkelser. Det tredje princip udmønter sig i et behov for at ofre i højere grad har adgang til retslige og ikke-retslige retsmidler.

FN Principperne gælder i princippet for alle typer virksomheder – både små- og mellemstore samt multinationale. FN Principperne anerkender dog, at det ikke vil være muligt at anvende principperne ensartet på alle typer virksomheder, og at størrelse har indflydelse på omfanget af de forpligtelser, som en virksomhed er underlagt. Men det er fuldstændig uklart, hvorledes og i hvor høj grad en given virksomhed skal efterleve FN Principperne. Hvor går grænsen? Er det omsætning? Antal ansatte? Filialer? Hvilke rettigheder og forpligtelser kan man slække på, og i hvor stort et omfang, hvis man er en mindre virksomhed? Disse helt afgørende spørgsmål indeholder OECD Retningslinjerne og FN Principperne ikke noget klart svar på.

Det er i den forbindelse interessant at bemærke, at en kiosk eller et pizzeria som udgangspunkt er underlagt klageinstitutionen, mens store organisationer, som Greenpeace, Amnesty International, Human Rights Watch, Oxfam, m.v., der har tusindvis af ansatte og mange millioner i omsætning, og som opererer i konfliktzoner, hvor særligt hjælpeorganisationer ofte vil være tvunget til at samarbejde med regimer, der begår systematiske krænkelser af menneskerettighederne, ikke er underlagt Principperne. Det afgørende er således alene, om en virksomhed har profit for øje, og dermed ikke hvor mange mennesker, der bliver berørt af en organisations aktiviteter.

Lovens bemærkninger giver kun begrænset vejledning til, hvor vidtgående forpligtelserne skal fortolkes i henhold til virksomheder. Dog fastslås det, at klageinstitutionen skal frasortere "chikanøse" klager, samt at

Mæglings- og klageinstitutionen bør bl.a. lægge til grund for sin vurdering, at der foreligger en saglig begrundelse og rimelig dokumentation for den påståede overtrædelse, at der er en klar sammenhæng mellem den konkrete sag, der rejses, og f.eks. virksomhedens aktiviteter, samt hvordan lignende sager behandles nationalt og internationalt. Hvorvidt der foreligger en saglig begrundelse og rimelig dokumentation må bero på en konkret vurdering på baggrund af den forelagte dokumentation.

Lovens fremhævelse af væsentligheden af saglig og rimelig dokumentation og sammenhæng mellem den konkrete sag og virksomhedens aktiviteter vil muligvis kunne afskære åbenbart spekulative klager, eksempelvis hvor det gøres gældende, at en dansk virksomheds ejerskab af en ubetydelig aktieandel i en virksomhed, der eksempelvis benytter sig af tvangsarbejde, udgør en overtrædelse af OECD Retningslinjerne. Men kravet om sammenhæng mellem virksomhedens aktivitet og den konkrete sag siger intet om, hvilke af virksomhedens direkte aktiviteter der medfører overtrædelse af de mange menneskerettigheder omfattet af OECD Retningslinjerne, jf. FN Principperne.

Endvidere er der andre dele af Lovens bemærkninger, der trækker i den modsatte retning og pålægger virksomheder forpligtelser for leverandørers menneskerettighedsforpligtelser ud i flere leverandørled. I bemærkningerne hedder det således, at

Den pågældendes ansvar rækker dog videre end f.eks. en virksomheds egne enheder og datterselskaber. Ifølge OECD's retningslinjer går f.eks. en virksomheds ansvar ud i virksomhedens leverandør- og

distributionskæde. Mæglings- og klageinstitutionen kan derfor gå ind i sager, der vedrører krænkelse, der har fundet sted hos f.eks. en af virksomhedens underleverandører. Udgangspunktet er, at ansvaret er det samme for hele leverandør- eller distributionskæden. Det anerkendes dog internationalt, at ansvaret i praksis afhænger af flere forhold, herunder den pågældendes størrelse og mulighed for at gøre indflydelse gældende. Der er dog ingen tvivl om, at der er en særlig forpligtelse i forhold til leverandører eller distributører i første led, fordi den pågældende her har en direkte kontraktlig relation. Det er også her, at der er en særlig mulighed for at påvirke de pågældende gennem de kontrakter, der indgås. Som udgangspunkt er det afgørende, at den pågældende uanset størrelse gennem en række relevante vurderinger og tiltag udviser den nødvendige omhu...og herigennem afdækker og bearbejder risici for krænkelse i sin indflydelsessfære (sphere of influence).

I hvilket omfang en virksomhed har mulighed for at bruge sin indflydelse til at fastsætte menneskerettighedsstandarder i kontrakter med leverandører og i forhold til underleverandører vil afhænge af en lang række faktorer, der ikke kun handler om økonomisk styrke, men også konkurrencesituationen, konjekturen, den konkrete forhandlingssituation m.v. Sådanne faktorer kan ikke objektiviseres, ligesom de meget hurtigt vil kunne skifte, som følge af udsving i priser, ændring i parternes respektive økonomiske styrkeforhold, lovændringer m.v. Situationen på bedømmelsestidspunktet vil således ofte være radikalt anderledes end på tidspunktet for indgåelse af kontrakten eller indgivelsen af klagen.

Et nøgleaspekt af OECD Retningslinjerne er forpligtelsen til at foretage due diligence eller nødvendig omhu. Af bemærkningerne til Loven fastslås det, at virksomheder, der har iværksat due diligence i forhold til sine aktiviteter, vil minimere risikoen for at blive mødt af klagesager og dermed blive udsat for eventuel kritik. Bliver en virksomhed trods iværksættelse af due diligence genstand for en klage

bør mæglings- og klageinstitutionen lægge til grund for sin bedømmelse, at nødvendig omhu afhænger af den pågældendes størrelse, forretningsmæssige sammenhæng og kompleksitet, overtrædelsens alvor, om årsagen til overtrædelsen er uden for evt. kontrol og indflydelse, om der består en afhængighed af de pågældende varer eller tjenesteydelser og endelig perspektivet i forhold til den pågældende overtrædelse ved afbrydelse af et samarbejde eller indkøb, dvs. om en afbrydelse af samarbejdet forværrer eller forbedrer situationen.

Men ligesom FN Princippernes forpligtelse til at beskytte, respektere og afhjælpe, udgør Lovens bemærkninger alene nogle meget overordnede og uspecifikke fortolkningssyn, der ikke gør det klart, hvilke former for forpligtelser de enkelte rettigheder medfører for virksomhederne. Med undtagelse af helt åbenbare krænkelse som eks. tvangsarbejde, fysiske overgreb og systematisk forurening bliver muligheden for at udøve due diligence og dermed afbøde risikoen for klager og kritik også undermineret, da det er vanskeligt at foretage due diligence i det omfang, man ikke kender det nærmere indhold af de forpligtelser, man søger at sikre efterlevelsen af.

3.3. De enkelte rettigheder

Umiddelbart kan det forekomme relativt åbenlyst og ukontroversielt, at en virksomhed skal respektere helt grundlæggende frihedsrettigheder. Men selv i forhold til nogle af de mest fundamentale rettigheder er der afgørende forskel på en stat og en

virksomheds forpligtelser. Eksempelvis er det klart, at det ville udgøre en åbenbar krænkelse af retten til informations- og ytringsfrihed, såfremt en stat blokerede dens borgeres adgang til sociale medier, som Facebook, Twitter og Youtube. Men det er ikke klart, at det ville udgøre en krænkelse af samme rettighed i det omfang, en virksomhed blokerede dens medarbejdere adgang til sådanne sociale medier fra arbejdscomputere, hvilket er en udbredt praksis. Ligeledes ville det være en grov krænkelse af ytringsfriheden, såfremt en stat straffede sine borgere for selv meget hård og bastant kritik af statens politik og/eller ledende organer. Men det er anerkendt, at medarbejdere har en loyalitetsforpligtelse overfor en arbejdsplads, der medfører, at man kan blive mødt med disciplinære sanktioner, såfremt man offentligt udtaler sig stærkt kritisk om sin arbejdsgiver.

Problemerne med at identificere indholdet af de konkrete forpligtelser og at overføre disse på virksomheder gør sig i særdeleshed gældende i forhold til økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. Konventionen om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder indeholder således en række rettigheder, der er formuleret i et langt mere vagt og uforpligtende sprog end rettighederne i Konventionen om Borgerlige og Politiske Rettigheder.

I konventionens artikel 2 hedder det:

Enhver i denne konvention deltagende stat forpligter sig til såvel alene som gennem international bistand og internationalt samarbejde, navnlig på det økonomiske og tekniske område, i videst mulig udstrækning og ved alle egnede midler, herunder især lovgivningsforanstaltninger, at træffe forholdsregler med henblik på den fremadskridende fulde virkeliggørelse af de i denne konvention vedtagne rettigheder

Udover, at konventionen eksplicit nævner stater som forpligtede, forekommer det åbenlyst, at virksomheder ikke er forpligtede til "i videst muligt omfang" og "ved alle egnede midler" at sikre den "fremadskridende virkeliggørelse" af eksempelvis retten til sundhed, uddannelse, en rimelig levestandard og retten til en bolig. Der er en række videnskabelige studier, der dokumenter, at multinationale virksomheder bidrager positivt til vækst og velstand (samt frihedsrettigheder), men disse positive effekter er ikke udtryk for opfyldelse af rettigheder, men en følge af multinationale virksomheders investeringer, uddannelsesaktiviteter, arbejdspladser m.v.¹⁰

Hverken OECD Retningslinjerne eller FN Principperne giver nogen som helst indikation af, hvorledes sådanne forpligtelser, der i sig selv er ekstremt vidtgående i forhold til stater, skal tilpasses virksomheder. At virksomheder kan pålægges et ansvar i forhold til rettigheder som retten til arbejde og retten til social sikkerhed fremgår dog af Komiteen for Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheders praksis. I General Comment No. 18 (2005) om retten til arbejde fastslås det, at private virksomheder, nationale som multinationale, "have a particular role to play in job creation, hiring policies and non-discriminatory access to work. They should conduct their activities on the basis of legislation, administrative measures, codes of conduct and other appropriate measures promoting respect for the right to work, agreed between the government and civil society." I sin General Comment No. 19 (2007) om retten til social sikkerhed hedder det, at "States Parties should extraterritorially protect the

¹⁰ Se bl.a. Richards, D. L., Gelleny, R. D. and Sacko, D. H. (2001), Money with a Mean Streak? Foreign Economic Penetration and Government Respect for Human Rights in Developing Countries. *International Studies Quarterly*, 45: 219–239.

right to social security by preventing their own citizens and national entities from violating this right in other countries".¹¹

Man kan således forestille sig, at danske virksomheder vil blive mødt med klager over, at en virksomhed, der foretager en massefyring krænker retten til arbejde i artikel 6 i konventionen om Økonomiske Sociale og Kulturelle Rettigheder, selvom virksomheden har overholdt alle nationale regler om varsling, kompensation m.v.

Hvorvidt en klager vil kunne få medhold er umuligt at sige noget kvalificeret om, da retten til arbejde ikke er udformet med henblik på virksomheder, og da indholdet derfor vil skulle udfyldes af fortolkning, der vil skulle forstås af klageorganet. Man må også stille spørgsmålstegn ved, hvordan virksomheder eksempelvis kan overholde retten til en bolig eller social sikkerhed? Med mindre en virksomhed har indgået en specifik kontraktlig forpligtelse, vil en virksomhed normalt ikke have nogen forpligtelse til eller ansvar for at sikre sine medarbejdere eller øvrige interessenter en bolig, ligesom det vil være staten, ikke virksomheder (med undtagelse af pligtige bidrag under ansættelse), der skal sørge for sociale ydelser, såfremt en medarbejder bliver afskediget. Kan man forestille sig situationer, hvor virksomheder på baggrund af Principperne bliver kritiseret for ikke at sørge for medarbejderes (eller andre berørte) boligforhold og sociale sikkerhed selv efter ansættelsesforholdet er ophørt? Igen er der ingen måde at besvare dette spørgsmål på, og indholdet af disse rettigheder i forhold til virksomheders menneskerettighedsansvar vil derfor skulle udvikles løbende uden, at virksomheder har nogen mulighed for at indrette sig på klare og forudsigelige regler.

Netop det svært identificerbare indhold af forpligtelserne i Konvention om Økonomiske, Sociale og Kulturelle rettigheder fik i 2001 den daværende regerings såkaldte inkorporeringsudvalg til i Betænkning 1407/2001 at konkludere:

"Det forhold, at en række af bestemmelserne i [Konventionen om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder] er vagt formulerede og til dels har karakter af såkaldte "programerklæringer", indebærer efter udvalgets opfattelse, at det vil være vanskeligt for domstole og administrative myndigheder at anvende dem som grundlag for løsning af konkrete tvister. Virkeliggørelse af sådanne bestemmelser vil således i vidt omfang nødvendiggøre valg, der bl.a. indebærer politiske overvejelser, herunder en vurdering af udnyttelsen af tilgængelige ressourcer, prioriteringer mellem forskellige hensyn m.m...Efter udvalgets opfattelse er der tale om vurderinger, som det tilkommer lovgivningsmagten at foretage."¹²

Med samme begrundelse valgte den danske regering i 2008 at afvise at ratificere tillægsprotokollen til Konventionen om Økonomiske, Sociale og Kulturelle rettigheder, der ellers ville give mulighed for individuel klageadgang.¹³

I 2009 afviste regeringen at ratificere tillægsprotokollen til FNs Handicapkonvention, der tillader individuel klageadgang. Daværende indenrigs- og socialminister Karen Ellemann begrundede det således:

¹² Betænkning 1407/2001

¹³ Explanation of Position of Denmark at the 63th session of the United Nations General Assembly. For en mere detaljeret discussion om tillægsprotokollen se Jacob Mchangam, "Ny individuel klageprocedure under FN konvention" i Juristen nr. 1 2010

Princippet om en gradvis gennemførelse betyder, at staternes forpligtelser er svære præcis at definere. Hertil kommer, at de ofte vil have en fordelingspolitisk karakter. Konventionen er derfor ikke egnet til at blive vurderet i forhold til enkeltsager...konventionen indeholder en række økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, som ikke altid er beskrevet i helt klare vendinger. Derfor vil det altså være meget vanskeligt ligesom at kunne forudse resultatet af en konkret sag. Det er derfor efter min og regeringens samlede vurdering ikke særlig betryggende at leve med sådan en usikkerhed på så vigtigt et område.¹⁴

Med andre ord har det hidtil været Danmarks officielle holdning, at en række konventioner indeholder så vage og uklare bestemmelser, at man enten ikke ønsker at ratificere selve konventionen eller ikke ønsker at give danske borgere klageadgang i henhold dertil. Men den usikkerhed, som omgærer staternes forpligtelser i henhold til ovennævnte konventioner, er mange gange større i forhold til virksomheder, som konventionerne slet ikke er udmøntet på. På trods af Danmarks afvisning af ratificering og/eller at tillade klageadgang under ovennævnte konventioner vil danske virksomheder nu kunne imødesee, at skulle stå til "ansvar" for individuelle klager under netop disse konventioner, hvilket må anses stærk kritisabelt og retssikkerhedsmæssigt uholdbart. Denne bekymring forstærkes af, at en række FN eksperter i FN systemet, hvor FN Principperne er udviklede, i maj 2012 udsendte en pressemeddelelse, hvori det blev gjort gældende, at en global finansiell transaktionsskat er "bydende nødvendig for at sikre menneskerettighederne". Blandt eksperterne var Margaret Junck, der er leder af FNs Working Group on Business and Human Rights, der har ansvaret for at videreføre FNs arbejde med at realisere og udbrede kendskabet til FN Principperne. I pressemeddelelsen udtaler Junck bl.a., at

"Governments must act to prevent rights infringements by private financial institutions and build in systems of accountability...At a global level, the FTT can discourage excessive risk-taking and speculation, a significant factor in the financial crisis which itself created vast harm to the enjoyment of human rights worldwide."¹⁵

Kravet om vedtagelse af en finansiell transaktionsskat kan ikke antages at bygge på nogen anerkendt menneskerettighedsstandard og må derfor karakteriseres som udtryk for en politisk erklæring om øget regulering af virksomheder. Sådanne udtalelser fra ledende FN eksperter øger risikoen for, at FN Principperne vil blive fortolket på en måde, der indebærer udviklingen af nye og uigennemskuelige forpligtelser for virksomheder.

4. Praksis fra nationale kontaktpunkter

Siden 2000 og indtil oprettelsen af klageinstitutionen har Danmarks nationale kontaktpunkt været placeret i Beskæftigelsesministeriet. I alt 43 lande har oprettet kontaktpunkter. Det fremgår af bemærkningerne til Loven, at klageinstitutionen i tvivlstilfælde kan henvende sig til og lade sig inspirere af andre nationale kontaktpunkter. Derfor kan tidligere danske såvel som udenlandske sager give en idé om, hvilke slags sager den danske klageinstitution vil skulle behandle, og hvordan

¹⁴ § 20-spørgsmål S 2040 Om Danmark tiltræder FN's handicapkonventions tillægsprotokol. (29. april 2009)

¹⁵ <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12150&LangID=E>

sådanne afgørelser vil falde ud. Eftersom OECD Retningslinjer indtil juni 2011 alene indeholdt en henvisning til menneskerettigheder, og ikke som nu et selvstændigt kapitel baseret på FN Principperne er det dog regeringens forventning, at menneskerettighedsbaserede klager vil stige i antal, ligesom nationale kontaktpunkter vil gå mere detaljeret ind i spørgsmålet om efterlevelse af menneskerettighedsstandarder baseret på FN Principperne end det har været tilfældet hidtil.¹⁶

4.1. Praksis fra det danske nationale kontaktpunkt

Der har siden revisionen af Retningslinjerne i 2000 været indbragt fire klager for Det danske kontaktpunkt. To af sagerne er blevet realitetsbehandlet og afsluttet, én sag kunne ikke realitetsbehandles, og en sag verserer fortsat. Af disse sager er der ifølge kontaktpunktet kun én, der har en eksplicit menneskerettighedsvinkel. I 2006 indbragte den danske NGO Nepenthes en klagesag mod DLH A/S for kontaktpunktet. Ifølge Nepenthes havde DHL overtrådt OECD Retningslinjerne (den forrige version heraf) herunder i forhold til menneskerettigheder, ved at handle træ fra lande som Burma, Cameroun og Liberia, hvor der forekom systematiske krænkelse af menneskerettighederne (herunder tvangsarbejde), og hvor der var stor risiko for, at træet var ulovligt fældet. I februar 2010 afsluttede det danske Kontaktpunkt sagen med en udtalelse, der bl.a. indeholdt følgende passus:

En konkret stillingtagen vedrørende de forhold, som Nepenthes har peget på i henvendelsen til Det danske Kontaktpunkt, i relation til Retningslinjerne vil i givet fald indebære, at Det danske Kontaktpunkt ikke blot skal foretage en vurdering af den udviste adfærd i Cameroun og Liberia i perioden frem til 2003, men at kontaktpunktet tillige skal foretage en bedømmelse af, hvad DLH A/S på daværende tidspunkt vidste eller burde have vidst ville eller kunne ske som følge af den udviste adfærd.

Det danske Kontaktpunkt finder ikke, at kontaktpunktet har det fornødne grundlag for en sådan stillingtagen. Det danske Kontaktpunkt har således ikke grundlag for at fastslå, at DLH A/S ikke i dag efterlever OECD's Retningslinjer for Multinationale Virksomheder. Hertil kommer at kontaktpunktet ikke er en domstol, men alene arbejder for at fremme efterlevelsen af Retningslinjerne.

Udtalelsen fra kontaktpunktet viser, at klagesager vedrørende virksomheders ageren i andre dele af verden involverer komplekse spørgsmål og omfattende bevisførelse, der ikke kan løftes af et lille organ. Eftersom det må forventes, at det netop er behandlingen af sådanne sager, der vil blive klageinstitutionens kerneaktivitet, er det stærkt tvivlsomt, om klageinstitutionen vil kunne administrere en sådan opgave på betryggende og forsvarlig vis. Retssikkerhedsmæssigt er det stærkt betænkeligt, at lade et organ komme med udtalelser om, hvorvidt danske virksomheder har overtrådt noget så grundlæggende som menneskerettighedsstandarder på så løs en baggrund. Det forhold, at klageinstitutionen styrkes som følge af Loven, ændrer ikke på dette forhold, da den nye klageinstitution vil have stærkt begrænsede ressourcer (3 millioner kr.). Endvidere er det ikke klart, at klageinstitutionen vil have den tilstrækkelige fagkundskab til at foretage en bedømmelse af, hvorvidt en virksomhed har overtrådt menneskerettighedsstandarder.

¹⁶ Besvarelse af spørgsmål 13 ad L 125 stillet af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget den 24. april 2012 efter ønske fra Kim Andersen (V). (14. maj 2012)

4.2. Praksis fra andre nationale kontaktpunkter.

Per marts 2012 var der indgivet 128 klagesager vedrørende overtrædelser af OECDs Retningslinjer til nationale kontaktpunkter verden over.¹⁷ I et ministersvar på et udvalgsspørgsmål fremhæves Norge, Storbritannien og Holland som foregangslande.¹⁸ Det norske kontaktpunkt har afgivet en række bemærkelsesværdige udtalelser herunder i en sag, hvor den norske fagforening Fellesforbundet klagede over en norsk virksomhed, hvis amerikanske datterselskab havde hyret alternativ arbejdskraft under en lock out. En lignende klage for samme forhold havde været behandlet ved to instanser i USA, og var begge steder blevet afvist. Klagen angik specifikt to ILO konventioner, og selvom USA ikke havde ratificeret disse konventioner, gik den norske klageinstitution ind i en bedømmelse af, hvorvidt disse instrumenter var overholdt, hvilket man fandt var tilfældet.¹⁹ Uanset, at klageinstitutionen ikke fandt konventionerne (og dermed retningslinjerne) overtrådt, udtalte man alligevel kritik da

”Kongsberg Automotives er en norsk bedrift forankret i norske arbejdslivstradisjoner og dens handlinger må forstås i tråd med norsk forståelse af samfundsansvar. Kontaktpunktets syn er at det er blitt en del af norske morselskabers samfundsansvar å bidra til at norske arbejdslivstradisjoner følges i utenlandske datterbedrifter så langt det er praktisk mulig. I Norge ville innleie av arbeidskraft under en arbeidskonflikt være i strid med norsk praksis og tradisjon. Kontaktpunktet vil anbefale Kongsberg Automotive å vurdere slike hensyn dersom tilsvarende situasjoner skulle opstå i fremtiden”

Det forekommer særdeles vidtgående at bedømme et amerikansk datterselskab på baggrund ikke alene af konventioner, som ikke er ratificeret i et I-land som USA, hvor selskabet opererer, men tillige på baggrund af norske arbejdslivstraditioner. Det vil næppe være muligt for et norsk datterselskab at konkurrere i USA, såfremt det skal overholde norsk lovgivning, mens dets konkurrenter kan henholde sig til amerikansk ret. Man kan også forestille sig konflikter, hvor et nationalt kontaktpunkt insisterer på, at udenlandsk ejet selskab overholder værtsnationens love og regler, mens et andet kontaktpunkt insisterer på, at det tillige er moderselskabets lands love og regler, der skal overholdes.

I en anden sag kritiserede det norske kontaktpunkt en norsk virksomhed, hvis amerikanske datterselskab foretog drift og vedligeholdelsesarbejde på den militære del af det amerikanske forsvars Guantanamo base på Cuba, for ikke at have foretaget fornøden omhu i forbindelse med sit engagement. Det på trods af, at virksomheden havde arbejdet på Guantanamo siden 1993 lang tid før oprettelsen af en fangelejr og kun i stærk begrænset omfang havde udført vedligeholdelsesarbejde på faciliteter, der blev brugt af både militærbasen og fangelejren.²⁰ Også denne udtalelse viser, at den direkte forbindelse mellem en virksomheds aktiviteter og potentielle

¹⁷ OECDwatch Quarterly Case Update vol 7. Iss. 1 Marts 2012

¹⁸ Besvarelse af spørgsmål 16 ad L 125 stillet af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget den 24. april 2012 efter ønske fra Kim Andersen (V). (14. maj 2012)

¹⁹ http://www.regjeringen.no/upload/UD/Vedlegg/Handelspolitikk/oecd_uttalelse.pdf

²⁰ http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/dok/rapporter_planer/rapporter/2005/aker-kvarner-og-guantanamo-bay.html?id=106462

menneskerettighedskrænkelser ikke behøver at være særlig stærk, før kontaktpunkter er villige til at udtale kritik.

I en sag vedrørende minedrift i Filippinerne lagde det norske kontaktpunkt vægt på en række ikke retligt bindende instrumenter herunder FNs Erklæring om Indfødte Folks Rettigheder, der indeholder en række vage og uklare bestemmelser. Kontaktpunktet anlagde også en "bred fortolkning" af en række bestemmelser i internationale konventioner, ligesom det lagde vægt på (ikke-bindende) anbefalinger fra FNs Racekomité, der bl.a. er blevet kritiseret af det danske justitsministerium for at komme med anbefalinger der er præget af fejl og sjusk.²¹ Kontaktpunktet fremkom tillige med mere end 30 detaljerede anbefalinger til den pågældende virksomhed, om hvorledes den burde gebærde sig på det pågældende område.²² Det er retssikkerhedsmæssigt kritisabelt, at et organ, der ikke besidder samme fagkundskab, grad af uafhængighed, og som ikke ler bundet af de samme retssikkerhedsgarantier som almindelige domstole, foretager så intensiv en prøvelse af en virksomheds forhold i et fremmed land.

Den aktivistiske linje som det norske kontaktpunkt har anlagt demonstreres af en kronik fra juni 2012 skrevet af formanden for det norske kontaktpunkt, hvori han gør gældende, at

normer som FNs prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter og OECDs retningslinjer for ansvarlig næringsliv [vil] kunne vise seg å adskillig større kraft enn man har forestilt seg. Manglende etterlevelse etter slike prinsipper vil kunne være viktige momenter når domstolene skal avgjøre om en bedrift skal pålegges å betale erstatning til ofre for krenkelser som andre har foretatt, som ledd i å forsyne bedriften med varer og tjenester. Slik sett vil det kunne vokse frem et rettslig regime som gjør prinsipper om næringslivets sosiale ansvar til noe mer enn festtaler og oppfordringer uten sanksjoner. De vil kunne bli et redskap til at ofrene får kompensasjon fra dem som tjener på krenkelsen av dem, og kanskje også til at næringslivet bestreber seg enda mer på å unngå krenkelser innenfor de områder de kan øve innflytelse.²³

Det britiske nationale kontaktpunkt har i en sag vedrørende minedrift i Indien vurderet, at en virksomhed krænkede en række internationale menneskerettighedskonventioner (bl.a. ved at diskriminere) samt den ikke-bindende erklæring om indfødte folks rettigheder ved ikke at foretage tilstrækkelig grundig konsultation og høring af berørte parter. Udtalelsen er dog på flere områder stærkt problematisk, da det næppe kan anses som værende udtryk for diskrimination, at et indfødt folk ikke er blevet hørt, da et sådant tiltag ikke medfører nogen egentlig forskelsbehandling. Den tvivlsomme fortolkning af menneskerettighedskonventioner og inkluderingen af den ikke bindende erklæring om indfødte folks rettigheder viser, at internationale menneskerettighedsstandarder er svært håndterbare størrelser for nationale kontaktpunkter, der ofte vil savne den slags faglig ekspertise som domstole besidder, men som er nødvendig for et effektivt og troværdigt klagesystem.²⁴

²¹ Jyllands Posten 23. juni 2012

²² http://www.regjeringen.no/upload/UD/Vedlegg/ncp/intex_final.pdf

²³ Kronikk av Hans Petter Graver i Morgenbladet 15. juni 2012

²⁴ Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Complaint from Survival International against Vedanta Resources plc 25. september 2009.

5. Konklusion

Det må konkluderes, at det grundlag klageinstitutionen skal foretage sin menneskeretlige vurdering på baggrund af i vidt omfang er uklart og upræcist og indeholder en risiko for vilkårlighed, samt at danske virksomheder bedømmes på baggrund af standarder den danske stat har afvist at være bundet af eller give klageadgang til. Denne risiko forstærkes når man tager stærkt tvivlsomme udtalelser fra det norske og britiske kontaktpunkt i betragtning. Det er i den forbindelse helt afgørende for klageinstitutionens troværdighed og effektive virke, at den ikke anlægger en dynamisk fortolkning af uklare og upræcise menneskerettighedsstandarder. I særdeleshed må der insisteres på (i) at "bevisbyrden" for overtrædelser påhviler klageren, (ii) at kravet om "klar sammenhæng" mellem en virksomheds aktiviteter og den påståede krænkelse bliver fortolket strengt og efter ordlyden, (iii) at klageinstitutionen som udgangspunkt afviser klager vedrørende sådanne økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, hvis indhold ofte er uklare eller omstridte såsom retten til arbejde, bolig og social sikkerhed, samt at (iv) klageinstitutionen udviser stor tilbageholdenhed med at anvende ikke-retligt bindende menneskerettighedsstandarder såsom erklæringer og deklARATIONER, (v) at klageinstitutionen alene fremkommer med udtalelser om at virksomheder har overtrådt menneskerettighedsstandarder, hvis der er klart og sikkert holdepunkt herfor i konventioner og virksomhedens ageren. Disse retssikkerhedsmæssige garantier bør indarbejdes i Loven.

Mere overordnet bør det overvejes at udforme internationalt bindende standarder, der forpligter landene til nationalt at vedtage specifikke, målrettede og klare forpligtelser for virksomheder på områder som miljø, arbejdsmiljø, tvangsarbejde m.v. snarere end at forsøge at forpligte virksomheder til at efterleve uklare menneskerettighedsforpligtelser baseret på konventioner, der kun svært kan anvendes på virksomheder. Endvidere bør der være større fokus på at styrke de enkelte landes muligheder for at håndhæve national ret, således, at multinationale virksomheder ikke blot kan betale sig fra f.eks. at udlede kemikalier i floder eller bruge tvangsarbejde. En sådan tilgang vil også sikre, at de forpligtelser, som virksomheder bliver bedømt på baggrund af, er udarbejdet og vedtaget af politikere med demokratisk legitimitet frem for i en uigennemskuelig ad hoc proces, i en klageinstitution, der i vidt omfang selv vil skulle fastlægge det nærmere indhold af de uklare bestemmelser, dets virke tager udgangspunkt i.