

PER EMAIL

Erhvervsministeriet

Specialkonsulent Søren Riis Andersen



Fælles høringssvar fra Københavns Universitet, Det Juridiske Fakultet, og Copenhagen Business School, Center for Corporate Governance, om direktivforslag om »corporate sustainability due diligence«

Mange tak for Deres email af 14. ds., hvor vi inviteres til at bidrage til ovennævnte høring, der afsluttes den 16. ds. Den korte svarfrist har gjort, at dette høringssvar afgives på universitetets brevpapir, men i fællesskab med de to medunderskrevne forskere fra CBS, Center for Corporate Governance.

Kommissionens forslag udspringer af dens initiativer om såkaldt *sustainability corporate governance*, der blev sendt i høring i sommeren 2020. Som bekendt var Kommissionens initiativ den gang reelt opdelt i to ganske forskellige initiativer: et om selskabsledelse (directors' duties) og et om virksomhedens ansvar ved handel og værdikæder (due diligence).

Vi bidrog den gang til høringen i oktober 2020, bl.a. det fælles høringssvar, som 21 selskabsretsforskere fra alle de fem nordiske lande afgav, og et selvstændigt høringssvar fra CBS. Initiativet om selskabsledelse udløste den mest omfattende kritik, vi mindes at have set fra stort set en enig forskningsverden både i EU og USA og fra mange medlemsstater, heriblandt Danmark.

At initiativet var ganske uacceptabelt, både i sine præmisser og empirisk fundament, blev da også efterfølgende konstateret, da Kommissionens egen kvalitetskontrol, Regulatory Scrutiny Board (RSB), underkendte initiativet. Da Kommissionen forsøgte at genfremsætte initiativet med nogle få tilpasninger, blev det underkendt af RSB en gang til, fordi det fortsat ikke var godtgjort, hvorfor selskabsledelse skulle harmoniseres. Herefter var det den almindelige forventning, at forsøget på at harmonisere selskabsledelse var opgivet, og at Kommissionen i stedet ville fremme det langt mindre kontroversielle forslag om due diligence i stedet.

16. MARTS 2022

CME/FOCOFIMA

KAREN BLIXENS PLADS 16
2300 KØBENHAVN S

TLF 35 32 31 95

DIR 28 14 45 76

jesper.lau.hansen@jur.ku.dk

www.jura.ku.dk/jlh

REF: JLH

Kommissionens direktivforslag indeholder imidlertid alligevel elementer fra det underkendte initiativ om selskabsledelse. Denne medtagelse af elementer om selskabsledelse i et direktiv om due diligence er således ikke blot problematisk i sig selv, fordi elementerne allerede er blevet underkendt. Men medtagelsen har også den alvorlige konsekvens af gøre de øvrige regler om due diligence problematiske i sig selv, fordi det, der burde være et rent eksternt forhold (lovgivers krav til virksomhedens opførsel), nu også angår et indre anliggende (virksomhedens beslutningsproces).

Vi skal i det følgende redegøre nærmere for disse, efter vores opfattelse, meget alvorlige problemer, der gør det utilrådeligt at fremme direktivforslaget i sin nuværende form.

Den korte frist forhindrer en mere dybtgående redegørelse, men siden direktivforslagets fremsættelse har vi som forskere drøftet sagen indgående med erhvervsrepræsentanter, herunder navnlig DI, og er bekendt med hovedpunkterne i deres kritik af direktivforslaget, som vi kan tilslutte os og derfor mere supplerende henviser til.

1. Kritisabel sammenblanding af de to initiativer om hhv. selskabsledelse og due diligence

Indledningsvis bemærkes, at selve ideen om »corporate sustainability due diligence« er ukontroversiel. Virksomhederne er klar over deres ansvar, både et egentligt retligt ansvar og et mere skønsomt moralsk, når de handler med udenlandske leverandører og partnere og på udenlandske markeder. Der findes normer og vejledninger herfor, bl.a. i regi af OECD.¹

Denne private og udstrakte efterlevelse af eksisterende regler og normer fra erhvervslivets side gør det værd at overveje, om der overhovedet er behov for at harmonisere reglerne om due diligence på EU-niveau, eller om mindre indgribende virkemidler kan bringes i anvendelse, f.eks. en henstilling eller øget koordination mellem medlemsstaterne.

Findes et direktiv om due diligence at være nødvendigt, burde det være rimelig ukontroversielt, såfremt visse basale reguleringstekniske forhold iagttages, jf. nærmere i afs. 6 ndf.

Når der alligevel er fremkommet voldsom kritik af det nye direktivforslag, skyldes det, at Kommissionen har indsat bestemmelser fra sit ellers opgivne initiativ om såkaldt »bæredygtig selskabsledelse«. De pågældende bestemmelser udgøres navnlig af art. 15 og art. 25-26. Disse bestemmelser har så alvorlige mangler, at de forvrider, hvad der burde være et ukontroversielt forslag om due diligence. Vi henviser til afs. 3 ndf., hvor kritikken af disse elementer kort beskrives.

¹ OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct

Det var netop erkendelsen af, at Kommissionens oprindelige todelte initiativ om hhv. selskabsledelse og due diligence både var væsensforskellige og af helt forskellig lødighed, der fik en række medlemsstater, heriblandt Danmark, til at anmode Kommissionen om at opdele de to initiativer.

Kommissionen har tilsyneladende accepteret denne indvending fra medlemsstaterne og kun fremsat et direktivforslag om due diligence. Men Kommissionen har alligevel medtaget elementer, der søger at harmonisere selskabsledelse.

Kommissionen argumenterer for, at disse bestemmelser om selskabsledelse er berettiget i et direktiv om due diligence, fordi virksomhedens overholdelse af due diligence nødvendiggør en regulering af ledelsens ansvar og pligter.

Det er åbenlyst forkert.

Ser man på art. 15, stiller den krav om, at virksomhedens forretningsmodel skal tilstræbe at opfylde den mellemstatslige Paris-aftale. Der er ingen direkte forbindelse til due diligence.

Ser man på art. 25, stiller den helt generelle krav om, at selskabsledelsen skal iagttage diverse hensyn til bæredygtighed. Ingen har disse har direkte relevans for due diligence.

Ser man på art. 26, stiller den krav om, at selskabsledelsen skal sikre overholdelse af virksomhedens forpligtelser til due diligence. Dette er helt overflødig, for når virksomheden har fået pålagt sådanne forpligtelser, følger det automatisk af national selskabsret, at ledelsen er tilsvarende forpligtet; ledelsen er jo legemliggørelsen af virksomheden. Bestemmelsen er således åbenlyst overflødig, og dens reelle indhold synes da også at være det mere vidtgående forhold at forpligte ledelsen til at tage »hensyn« (due consideration) til »bidrag« (input) fra »interessenter« (stakeholders). Disse tre begreber (consideration, input og stakeholders) er helt åbne og giver dermed risiko for indblanding i virksomhedens ledelse fra eksterne ikke-transparente aktører, se om faren herved i afs. 8 ndf.

Sammenfattende er art. 15 og art. 25-26 således helt unødvendige i relation til due diligence og allerede af den grund i strid med nærheds- og proportionalitetsprincippet i TEU art. 5.

2. Kommissionen undlader en ny høring og vildleder om en tidligere

Som nævnt blev den del af Kommissionens initiativ fra 2020, som angik selskabsledelse, udsat for en omfattende kritik, og det nye direktivforslag udsættes nu for en tilsvarende omfattende kritik, fordi det indeholder de samme elementer. Blandt andet kan det nævnes, at det ansete European Corporate Governance Institute (ECGI) forbereder et nyt webinar 28.-29. marts i lighed med det, som blev afholdt over tre dage omkring »bæredygtig selskabsledelse« i slutningen af 2020. Det webinar fra december 2020 er i øvrigt fortsat

tilgængeligt på nettet og indeholder en sønderlemmende kritik fra nogle af de fremmeste forskere i EU.

Denne kritik gentages nu, men bliver ikke synlig på samme måde, fordi Kommissionen denne gang ikke ledsager sit direktivforslag af en ny høring.

Derimod henviser Kommissionen til den høring, som fandt sted i 2. halvår af 2020, og som var opdelt på de to initiativer om hhv. selskabsledelse og due diligence. Det er imidlertid misvisende, at Kommissionen i sit direktivforslag kun omtaler resultater fra høringen om due diligence, der overvejende var positiv, når Kommissionen har valgt at medtage elementer fra sit initiativ om selskabsledelse, som blev voldsomt kritiseret under høringen. Når Kommissionen vælger at sammenblende elementer fra de to initiativer, må Kommissionen også referere fra begge høringer, ellers bliver det vildledende.

3. Elementerne om selskabsledelse er i sig selv kritisable

Den voldsomme kritik af Kommissionens oprindelige initiativ om såkaldt »bæredygtig selskabsledelse« kom fra langt hovedparten af forskerne i EU (og i øvrigt også fra USA). Da disse elementer søges genbrugt af Kommissionen, om end nu placeret i direktivforslaget om due diligence, er det nyttigt at genbesøge denne kritik.

Kritikken skyldtes initiativets forkerte præmisser, der ikke kunne underbygges af empiri, netop fordi de var forkerte. For en mere udførlig kritik henvises til de dengang afgivne høringssvar, men kort fortalt argumenterede Kommissionen i sit oprindelige initiativ om nødvendigheden af at harmonisere medlemsstaternes nationale lovgivning om selskabsledelse som følger:

- a) Indledningsvis erkendes det, at medlemsstaternes nationale selskabsret pålægger selskabers ledelse at udvise ansvar for selskabets lovlige og forsvarlige ledelse, herunder at tage højde for alle forudseelige risici, herunder sådanne der henhører under miljø og klimaforandringer. (det er faktisk umuligt at bestride dette forhold, der nemt kan konstateres ved at konsultere national ret.)
- b) Men det postuleres dernæst ganske overraskende, at selskabets ledelse (directors) alligevel vælger at tilsidesætte disse forpligtelser efter national ret for at tilgodese aktionærernes kortsigtede og grådige ønske om maksimal udbyttebetaling, hvilket tømmer selskaberne for den kapital, som de har brug for til den grønne omstilling.
- c) På baggrund af postulatet i litra b konkluderes det, at det af hensyn til den grønne omstilling og bæredygtighed er nødvendigt at harmonisere selskabsledelsens pligter i EU-retten, hvor det særligt skal sikres, at ledelsen har pligt til at agere »bæredygtigt«, og hvor aktionærerne i videst mulige omfang skal fjernes fra indflydelse

over ledelsen, der i stedet skal udøves af en mere ubestemt kreds kaldet selskabets »interessenter« (stakeholders).

Problemet var naturligvis, at postulatet i litra b var forkert. I virkeligheden forholder det sig sådan, at aktionærer tværtimod driver den grønne omstilling og kræver, at selskabernes ledelser forholder sig til klimarisici, fordi aktionærerne som investorer interesserer sig for selskabets langsigtede resultater, hvilket jo er afgørende for aktiernes nutidsværdi. Det er netop af denne grund, at EU-retten i øvrigt stræber efter at give aktionærerne mulighed for indflydelse, se f.eks. Aktionærrettighedsdirektivet (SRD), og at EU-retten søger at give aktionærerne en mulighed for at holde virksomhederne op på en rapportering, der giver aktionærerne indsigt i disse forhold, f.eks. reglerne om ikke-finansiell rapportering og taksonomi.

Det kan derfor heller ikke undre, at Kommissionens Impact Assessment og den ledsagende rapport ikke kunne præsentere nogen empiri, der kunne underbygge postulatet i litra b.

Selvom de inddragne undersøgelser i vidt omfang var selektive og stærkt ensidige (cherry picking) i et omfang, der i et videnskabeligt miljø næppe var blevet anset for acceptabelt, kunne de ikke godtgøre postulatet og blev massivt modsagt af den øvrige forskning, der blev fremlagt under høringsfasen i 2020.

Som nogle få eksempler blandt mange kan anføres, at undersøgelsen af selskabernes kapital afgang (out flow) ikke tog højde for emissioner (in flow), og dermed gav et misvisende billede. Blandt andre fejl var en manglende erkendelse af, at det ikke nødvendigvis er godt, hvis selskaber akkumulerer eller investerer kapital frem for at udbetale den, f.eks. selskaber der udvinder fossil energi. Det synes overset, at udbytte normalt reinvesteres til gavn for andre virksomheder og under hensyn til bæredygtighed. Endelig førte den noget aparte tankegang om udbytte til investorerne som noget negativt og ikke blot som en indikator for økonomisk og driftsmæssig effektivitet. Kommissionen til at udpege Polen og Ungarn som to medlemsstater, der i særlig grad var »bæredygtige«, hvilket ellers ikke er et resultat, der modsvarer den eksisterende forskning på området.

Konsekvensen af, at postulatet i litra b forblev et løst postulat og ikke kunne dokumenteres, var afgørende, fordi Kommissionens argumentationskæde i så fald brød sammen, og man måtte standse ved litra a, der fastslår, at medlemsstaternes nationale selskabsret allerede tilgodeser bæredygtighed, og at bæredygtighed derfor ikke kan begrunde harmonisering efter nærheds- og proportionalitetsprincippet i TEU art. 5. Det var af denne grund, at RSB ikke bare en, men to gange underkendte Kommissionens initiativ om harmonisering af »bæredygtig selskabsledelse«, fordi Kommissionen ikke havde godtgjort behovet for EU-lovgivning på dette område. Det har man fortsat ikke.

Selvom denne kritik i sig selv er alvorlig nok, var der et andet aspekt, som ikke nåede at blive diskuteret i 2020, fordi Kommissionens initiativ allerede faldt på den manglende begrundelse og empiri. Det angår det mere fundamentale spørgsmål om ejendomsret, som EU er forpligtet til at respektere efter traktaterne.

Aktionærerne har en privatretlig (personlig) ejendomsret til de aktier, som de har købt og betalt for. Disse aktier giver aktionærerne en ret til at træffe beslutninger om selskabets drift og ledelse. I de fleste medlemsstater, herunder Danmark og de øvrige nordiske, er denne ret endda vidtgående, f.eks. betegnes generalforsamlingen traditionelt som selskabets »øverste myndighed«². Ethvert forsøg på at gøre indgreb i aktionærernes ret til at styre selskabet efter eget bedste skøn risikerer derfor at have karakter af ekspropriation. Dette er et aspekt, som navnlig er blevet belyst under høringen i 2020 af vores kolleger på CBS Law, Søren Friis Hansen og Troels Michael Lilja.

4. Overtrædelse af god EU-lovgivningsskik (Principperne for Bedre Regulering)

Ved at genbruge elementer fra initiativet om selskabsledelse, der ikke blot blev voldsomt kritiseret under høringen i 2020, men også underkendt hele to gange af RSB, viser Kommissionen en ligegyldighed over for såvel høring som principperne om nærhed og proportionalitet i TEU art. 5.

Ved at fremstille direktivforslaget som angående due diligence, når det også indeholder – i øvrigt unødvendige – elementer om selskabsledelse, vildleder Kommissionen om hensigten bag forslaget.

Ved kun at henvise til den harmløse høring i 2020 om due diligence, men ikke den samtidige og alvorlige kritik rettet mod elementerne om selskabsledelse, giver Kommissionen et vildledende billede af høringsfasen i 2020.

Samlet er dette i klar modstrid med principperne for bedre regulering. Sådan bør der ikke lovgives i EU.

5. Nyt og ekstremt element i direktivforslaget

Forsøget på at harmonisere selskabsledelse ved dels at knytte ledelsens forpligtelser til bæredygtighed (art. 25), dels at give eksterne og ikke-transparente »stakeholders« indflydelse på ledelsens interne beslutningsproces (art. 26), rammes af den samme kritik, som i sin tid blev rettet mod Kommissionens oprindelige initiativ om selskabsledelse, og som førte til initiativets underkendelse af RSB, se afs. 3 ovf. herom. Disse elementer må allerede af den grund udgå af forslaget.

² Det udtrykkes direkte i den norske og islandske selskabslovgivning, men antages implicit også i de øvrige tre nordiske lande, Danmark, Finland og Sverige, der alle deler samme ledelsesmodel.

Det nye direktivforslag går imidlertid videre i sit forsøg på at harmonisere virksomhedernes selskabsledelse end blot at genbruge disse elementer. Art. 15 om, at virksomhedens forretningsmodel og strategi skal efterleve de målsætninger, der er indeholdt i den mellemstatslige Paris-aftale, er således en nyskabelse, der i sig selv er særdeles kritisabel.

Det er allerede nævnt, at bestemmelsen ikke er nødvendig i et direktivforslag om due diligence, og at art. 15 allerede af den grund ikke burde accepteres uht. principperne om nærhed og proportionalitet i TEU art. 5, jf. afs. 3 ovf.

Men det bør herudover bemærkes, at art. 15 som en nyskabelse markerer et ekstremt vidtgående skridt i retning af at underlægge private virksomheder en statslig styring; mere vidtgående end vi erindrer at have set tidligere i EU-lovgivningen.

Det er velkendt, at lovgiver kan pålægge private aktører, så som virksomheder, at overholde visse klart definerede pligter. Men det er et direkte indgreb i aktionærernes ejendomsretlige styringsret med klar ekspropriativ karakter at pålægge virksomheden at skulle efterleve visse politiske målsætninger mere generelt.

Det er et indgreb, der tilsidesætter den ejendomsretlige indretning i medlemsstaterne, der hviler på en respekt for en private ejendomsret, herunder retten til selv at vælge mål og strategi. Dette er i modstrid med det fundamentale princip i TEUF art. 345. Denne måde at regulere på, gør det enkelte private selskab til et viljesløst redskab for politiske målsætninger. Det er dermed fundamentalt fremmed for normal EU-retlig regulering og bærer præg af en totalitær (korporativ) tilgang til erhvervsregulering, der netop ikke anerkender en skillelinje mellem stat og privat borger.³

Som det vil blive behandlet nærmere i afs. 7 ndf., er Paris-aftalen i lighed med andre mellemstatslige aftaler (traktater) ikke formuleret til brug for at forpligte private aktører. Den vage angivelse i art. 15 af en pligt for selskabet til at efterleve Paris-aftalen og en »overgang til en bæredygtig økonomi«, der kan »begrænse den globale opvarmning til 1,5 C«, vil gøre det muligt for talrige søgsmål fra både aktivistiske aktionærer, der typisk kun har en beskednen ejerpost, og for de øvrige eksterne og ikke-transparente aktører, som direktivforslaget vil give klagestatus i art. 19.

Allerede i dag udsættes private virksomheder for den slags søgsmål i jurisdiktioner, hvor man har været uforsigtig nok til at formulere ledelsens pligter

³ Som formuleret i den italienske korporative doktrin: Alt i Staten, intet uden for Staten, intet imod Staten.

i brede og – troede man nok – harmløse vendinger i lovgivningen.⁴ Hvis direktivet lovfæster en sådan pligt, vil denne risiko for ødelæggende og opslidende søgsmål blive øget markant. Det vil bl.a. medføre den risiko for EU's konkurrenceevne, som behandles i afs. 8 ndf.

Det er således af helt afgørende vigtighed, at art. 15 udgår af direktivforslaget. Det er ikke tilstrækkeligt, at bestemmelsen blot modificeres, da bestemmelsen som nævnt er i fundamental modstrid med de principper for erhvervsregulering, som EU bygger på, herunder TEUF art. 345.

Accepteres bestemmelsen i art. 15 og dermed adgangen til at forpligte private virksomheder til at efterleve politiske målsætninger, overtrædes traktatens bestemmelser om respekt for den private ejendomsret i et omfang, der rejser spørgsmålet, om EU-lovgiver overhovedet har traktatmæssig kompetence hertil, og – såfremt det mod forventning må vise sig at være tilfældet – om denne fortolkning af EU-traktaterne er inden for den suverænitetssafgivelse, som Danmark har foretaget efter Grundlovens § 20. Sidstnævnte vil efter dansk retspraksis kunne prøves endeligt af Højesteret.

Afslutningsvis i denne sammenhæng skal det nævnes, at det ikke gør art. 15 mindre kontroversiel, at pligten kun gælder visse selskaber, nemlig de i art. 2 angivne. Disse store selskaber er alle privatejede selskaber. Tværtimod gør det kun problemet mere alvorligt, at disse selskaber, hvis samhandel med udlandet er afgørende for EU's økonomi og for den grønne omstilling, udsættes for regulering, der både krænker deres private ejere og gør selskaberne sårbare i konkurrencen på udenlandske markeder, jf. nærmere i afs. 8 ndf.

6. Den øvrige og mere ukontroversielle regulering i direktivforslaget

I betragtning af de alvorlige perspektiver, som art. 15 og art. 25-26 rejser, skal vi bruge mindre plads på at kommentere de øvrige og mere ukontroversielle dele af direktivforslaget, der angår selve due diligence, altså den agtpågivenhedsstandard, som direktivet vil pålægge de omfattede virksomheder.

Vi skal begrænse os til at nævne, at det som altid ved erhvervsregulering er vigtigt at beskrive de pligter, som tiltænkes at skulle gælde private aktører, i så klare og præcise vendinger som muligt. Vage princip- eller hensigtserklæringer bør undgås.

⁴ Shell sagsøges netop nu af aktivister under engelsk ret uht. den engelske selskabslov ret brede og derfor upræcise angivelse af ledelsens pligter i sec. 170.

En vis nødvendig detaljering kan formodentlig udarbejdes på niveau 2 ved afledte retsakter.⁵ Men der bør advares imod at overlade den egentlige regulering hertil, da reglerne på niveau 2 risikerer at blive udarbejdet af embedsmænd uden politisk legitimation og ansvar over for vælgerne, der måske tilmed savner den fornødne detailviden og derfor søger hjælp som interesseorganisationer, hvis interesser ikke nødvendigvis afspejler den overordnede lovgivning på niveau 1.

EU-retten skal efterleve de fundamentale retsgrundsætninger, der bl.a. er udtrykt i EU's Charter. Det bør særligt fremhæves, at de selskaber, der omfattes af direktivet, kun bør holdes ansvarlige for *egne* handlinger, ikke andres og heller ikke samhandelspartneres, og da kun for handlinger, som kan tilregnes selskabet ved dets ansatte. Der bør ikke anvendes objektivt ansvar eller hæftelse for andre aktørers selvstændige eller upåregnelige handlinger. Ansvar bør som klar hovedregel kun udløses ved handling, dvs. ved overtrædelse af et klart beskrevet forbud, hvorimod ansvar for undladelse (påbud) kun i begrænset omfang bør kunne finde sted. Disse fundamentale hensyn gælder ansvar både i privatretten (erstatning) og navnlig i strafferetten.

Det kan forventes, at regler om due diligence vil medføre krav om visse forholdsregler og procedurekrav, f.eks. rapporteringspligter. I beskrivelsen af disse bør det fremhæves, at overtrædelse kan medføre konsekvenser fastlagt af medlemsstaterne i proportion til forsømmelsen, men ikke i sig selv gør det muligt at slutte, at selskabet i øvrigt har overtrådt sine øvrige pligter. Herved afskærer man risikoen for trættekære søgsmål baseret på overtrædelse af mindre og formalitetsprægede forsømmelser.

7. Behovet for transformation af international ret til national ret

Som just nævnt i afs. 6 er det afgørende for selskabernes retssikkerhed, at deres pligter er klart, præcist og udtømmende angivet, således at det enkelte selskab klart kan overskue sine pligter, indrette sig herefter og efterleve disse.

Desværre og helt uforståeligt lægger direktivforslaget op til at inkorporere en lang række mellemstatslige aftaler (traktater) som del af disse private selskabers forpligtelser. Vi henviser til den – meget – lange opregning af internationale aftaler og traktater i direktivforslagets annek.

Det vil være helt forkert at forpligte private virksomheder til at overholde disse mangfoldige traktater. International ret er væsensforskellig fra national ret. Traktater er således skrevet på en ganske anden måde end national ret, der forpligter private. Dette ses allerede af, at statsledere (regeringer) som be-

⁵ Modsvarende danske bekendtgørelser.

kendt ikke risikerer noget personligt ansvar, selvom traktaten ikke overholdes, og traktater udfærdiges derfor ikke med den eksakthed, som må kræves af lovgivning, der tilstræber et personligt ansvar for erhvervsledere og deres virksomheder.

Det bør ikke være et argument, at en sådan oversættelse fra de mange traktater til klare, præcise og udtømmende forbud og påbud i direktivet, vil være særdeles omfattende og arbejdskrævende. Tværtimod må EU-lovgiver løse denne opgave og kan ikke overlade den til private virksomheder, hvis man da overhovedet finder det nødvendigt at lovgive om disse forhold vedrørende due diligence.

8. Alvorlig risiko for EU's konkurrenceevne på udenlandske markeder

Som nævnt er de elementer i direktivforslaget om due diligence, som angår selskabsledelse (art. 15, 25-26) angribelige i sig selv, navnlig uht. principperne om nærhed og proportionalitet i TEU art. 5.

Afslutningsvis vil vi fremhæve et sidste, men særdeles væsentligt forhold, hvilket er risikoen for misbrug af disse bestemmelser, der kan skade konkurrenceevnen for EU's virksomheder, og dermed EU's økonomi og sikkerhed. I betragtning af den særdeles alvorlige internationale situation, der er opstået siden Ruslands invasion af Ukraine, og udsigten til en anspændt konfrontation i årene fremover, er dette forhold i sig selv et afgørende argument for ikke at acceptere disse elementer i direktivforslaget.

Hvis direktivforslaget om due diligence kun angik due diligence, hvilket man vel egentlig måtte forvente, ville de omfattede selskaber blive bedømt på deres eksterne handlinger, dvs. om de overholdt deres forpligtelser.

Men fordi direktivforslaget indeholder elementer om selskabsledelse, både art. 15 og især art. 25-26, bliver det muligt at angribe selskabernes interne beslutningsproces, uanset om selskabet i øvrigt kan siges at have foretaget egentlige overtrædelser af sine due diligence-forpligtelser. Selskabets ledelse kan f.eks. angribes for ikke i tilstrækkelig grad at forfølge Paris-aftalens mål eller andre mere diffuse bæredygtighedsmål. Dette åbner mulighed for alle mulige useriøse angreb, og risikoen herfor vil alvorligt lamme selskabsledernes risikovillighed og mulighed for at operere på udenlandske markeder.

Denne risiko forstærkes af både det forhold, at man i direktivforslaget og dets annekks henviser til vagt formulerede internationale traktater, og at man i art. 19 har givet klagestatus til alle og enhver. Hver for sig giver disse to forhold en betydelig risiko, som EU ikke bør acceptere og da slet ikke i den nuværende anspændte sikkerhedssituation.

Et direktiv om bæredygtig due diligence vil i sig selv påvirke EU's konkurrenceevne negativt, allerede fordi EU pålægger sine virksomheder pligter, som udlandet ikke gør. Dette bør i sig selv give EU-lovgiver anledning til at overveje, om direktivet er nødvendigt, eller om man kan klare sig med mindre, f.eks. de frivillige normer fra OECD, evt. suppleret med en mere konkret og målrettet national regulering udarbejdet i samråd med de berørte virksomheder.

Men at kombinere et direktiv om due diligence med vagt formulerede pligter hentet fra international ret, og tilmed lade disse vage pligter angå den interne og følsomme beslutningsproces i virksomhederne, og så samtidig give klagestatus til alle aktører, herunder ikke-transparente udenlandske aktører, og måske endda oprette en særlig ny myndighed, hvis eksistensberettigelse og budget afhænger af antallet af klager, forværrer den risiko betydeligt.

Tidligere statsminister og NATO-generalsekretær Anders Fogh Rasmussen har, i lighed med flere andre, påpeget, at fjendtligt indstillede magter aktivt bruger Vestens egen lovgivning og klagesystemer til undergrave vores konkurrenceevne, bl.a. ved at finansiere modstand mod fracking, som kunne medvirke til at skabe energiafhængighed af Rusland.

EU's styrke og sikkerhed er afledt af vores økonomiske evner, og konkurrenceevnen for europæiske virksomheder er derfor ikke blot et økonomisk anliggende, men også et sikkerhedspolitisk. Dette gælder ikke mindst i konkurrencen om de råstoffer, der er nødvendige for den grønne omstilling. Disse udvindes ofte i stater, hvor der hersker en betydelig usikkerhed om overholdelse af krav om miljø og menneskerettigheder, og hvor det kan være vanskeligt at granske leverandører og samhandelspartnere.

Der er en alvorlig risiko for, at fjendtligt indstillede magter kan bruge et direktiv om due diligence til at holde vores europæiske selskaber væk fra disse vigtige markeder og generelt til at genere og vanskeliggøre deres aktiviteter både ude og hjemme.

9. Konklusion

Direktivforslaget bør ikke vedtages i sin nuværende indretning. Tværtimod må det kraftigt anbefales både Europa-Parlamentet og medlemsstaterne i Rådet at afvise det nuværende forslag.

Det må anses for afgørende at sende et klart signal til Kommissionen om, at man ikke billiger den tilsidesættelse af principperne om god regulering, som Kommissionen har udvist i denne sag.

Dernæst bør det overvejes, om tidspunktet overhovedet er det rigtige at søge europæisk harmonisering på, eller om mindre indgribende midler kan vælges, der i højere grad inddrager medlemsstaterne og de berørte virksomheder.

Hvis et direktiv findes nødvendigt, bør de fremmede elementer om selskabsledelse i art. 15 og 25-26 udgå som unødvendige og dermed i strid med nærheds- og proportionalitetsprincippet i TEU art. 5. Yderligere bemærkes, at art. 15 herudover også strider fundamentalt mod den ejendomsretlige indstilling og reguleringstradition i EU, jf. TEUF art. 345, og dermed næppe har tilstrækkelig hjemmel i traktaterne. Det er derfor helt essentielt, at netop den bestemmelse ikke videreføres i forslaget på nogen måde.

Hvis der skal lovgives om due diligence, må pligterne beskrives klart, præcis og udtømmende, og da fortrinsvis som klare handlepligter. Der bør ikke henvises til mellemstatslige traktater, men i det omfang pligter fra disse tekster i international ret ønskes overholdt, må pligterne oversættes til sådanne klare forbud og påbud efter standarderne for affattelse af national ret.

Den helt åbne klageadgang i art. 19 må afvises, da den rummer risiko for alvorligt misbrug. I stedet må aktører, der opfatter deres rettigheder for krænket, henvises til at bruge nationale domstole eller særligt indrettede klageinstanser i de enkelte medlemsstater, alt efter disse medlemsstaters eget valg og egne retstraditioner. Selv hvis man måtte finde det nødvendigt at lovgive om due diligence, er det ikke nødvendigt at harmonisere selve retshåndhævelsen, hvilket i øvrigt også kan give Danmark problemer i relation til retsforbeholdet.

Såfremt der er spørgsmål til dette høringssvar, står vi naturligvis til rådighed.

Med venlig hilsen



Jesper Lau Hansen
Professor, dr.jur.

Ovenstående høringssvar er tillige udarbejdet i fællesskab med:

Professor Steen Thomsen
Center for Corporate Governance
Copenhagen Business School

Lektor Therese Sand
Center for Corporate Governance
Copenhagen Business School