



Folketingets Erhvervsudvalg
Folketingets Europaudvalg
Kopi til Erhvervsministeriet

11. maj 2022

Vedr. kontrollen af nærhedsprincippet ift. EU-kommissionens forslag til direktiv om virksomhedernes due diligence og bæredygtighed, KOM(2022)71

DI mener, at både nærheds- og proportionalitetsprincippet overtrædes i relation til forslagets elementer om selskabsledelse i art. 15, 25 og 26, og at der endvidere savnes hjemmel i den artikel i EU-traktaten, som Kommissionen påberåber sig

Nærhedsprincippet generelt

Det bemærkes indledningsvist, at indsigelse i forhold til nærhedsprincippet kan foretages i relation til en del af et direktivforslag. Indsigelsen behøver ikke angå hele direktivforslaget. Den konklusion følger af formålet med nærhedsprincippet¹, idet Kommissionens strategiske valg af at fremsætte forslag i ”pakker” eller hver for sig ikke kan være afgørende for vurderingen. Den svenske riksdag har i en betænkning fra 2017 eksplicit forholdt sig hertil og nået samme konklusion.²

Den påberåbte traktathjemmel

Direktivforslagets elementer om selskabsledelse er fremsat med hjemmel i TEUF artikel 50 om selskabers etableringsfrihed, navnlig litra g, som handler om ”i det nødvendige omfang” at sikre en vis fælles beskyttelse af ”selskabsdeltageres og tredjemands interesser” i selskaber. Det er kun muligt at anvende denne bestemmelse, hvis formålet er at forhindre, at der opstår nuværende eller fremtidige hindringer for etableringsfriheden som følge af forskellig udvikling af national lovgivning. Det er ikke tilstrækkeligt blot at konstatere, at landenes regler er forskellige. Det skal være sandsynligt, at landenes forskellige regler skaber hindringer for virksomhedernes etableringsfrihed, og den pågældende EU-foranstaltning skal udformes således, at den forhindrer problemet for etableringsfriheden. Nærhedsprincippet gælder *ud over* kravet om traktathjemmel.

Kommissionens argumentation er ikke holdbar

Kommissionens argumentation om nærhedsprincip og traktathjemlen lider af væsentlige mangler i relation til forslagets elementer om selskabsledelse. DI mener, at det vil føre til en de facto afskaffelse af nærhedsprincippet, hvis argumentationen accepteres.

Kommissionen argumenterede oprindeligt for sine påtænkte indgreb i medlemslandenes selskabsledelsesmodeller med andre argumenter end dem, som nu er fremført. Det blev påstået, at modellerne for selskabsledelse, herunder ledelsesansvarsreglerne, ikke fungerede optimalt, fordi de i samspil med kortsigtede aktionærer førte til kortsigtet profitoptimering alene til gavn for aktionærerne, hvilket gik ud over langsigtede virksomhedsinteresser, herunder hensynet til

¹ ”I medfør af nærhedsprincippet handler Unionen på de områder, der ikke hører ind under dens enekompetence, kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne [..]”

² Se nederst s. 166 i betænkningen <https://data.riksdagen.se/fil/0B990014-9180-4B64-908E-C3B84739E38D>

bæredygtighed. Denne påstand blev afvist af de førende forskere på området for at stride mod fakta - og også af Kommissionens eget kvalitetsikringsorgan, Regulatory Scrutiny Board (RSB). Denne påstand er da heller ikke nævnt i det endelige forslag.

I stedet argumenterer Kommissionen nu med, at flere lande er begyndt at indføre nationale regler på området, som vil føre til fragmentering og uens konkurrencevilkår, hvilket hindrer virksomhedernes etableringsfrihed. Desuden er der iflg. Kommissionen tale om transnationale værdikæder og problemer, hvor ét lands indsats kan blive hæmmet af andre landes manglende indsats, og hvor virksomheder risikerer at blive omfattet af forskellige krav i forskellige lande. Fælles regler vil efter Kommissionens opfattelse hindre disse udfordringer og skabe retlig klarhed for virksomhederne.

Ovennævnte argumentation kan gøres gældende i forhold til due diligence, men ikke i forhold til elementerne om selskabsledelse. Kommissionen overser en række afgørende forskelle mellem regulering af due diligence og selskabsledelse. Her er blot nogle af de væsentligste argumenter:

For det første er regulering af due diligence nogle krav, der pålægges **selskabet**, mens regulering af selskabsledelse er krav, der pålægges **den interne ledelse** af selskabet. Når regulering af bæredygtigheds due diligence går fra soft law til hard law, bliver det automatisk en del af ledelsens ansvar ifølge gældende selskabsretlige regler i alle medlemslande. Det er derfor en misforståelse, at en selvstændig regulering af selskabsledelse er nødvendig *oveni* en regulering af due diligence for at undgå en fragmentering i EU. Det er reguleringen af *selskabers* pligter, der er afgørende for, om der er et level playing field. Man regulerer heller ikke ledelsens ansvar *oveni* virksomhedens ansvar, når man pålægger virksomheder pligter i forhold til f.eks. GDPR, forbrugerrettigheder mv. Det er denne pointe, som RSB henviser til, når den i sin afvisning af forslagene bl.a. bemærker, at konsekvensanalysen “[is] not sufficiently clear about the need to regulate directors’ duties on top of due diligence requirements”, og efterlyser *”better explain and assess the value-added of regulating directors’ duties, considering that the due diligence option already requires risk management and engagement with stakeholders’ interests.”*

Det er derfor heller ikke et validt argument, når grund- og nærhedsnotatet i vurderingen af nærhedsprincippet henviser til, at *”det er et grundlæggende element i både OECD’s og FN’s vejledende principper, at due diligence skal forankres hos, og kommunikeres af, den øverste ledelse i virksomheden, hvilket ifølge omtalte retningslinjer er en forudsætning for, at due diligence-processer kan implementeres effektivt”*. Argumentet er validt i forhold OECD’s og FN’s retningslinjer, fordi disse er *soft law* due diligence, men det er ikke validt i forhold EU-kommissionens forslag, fordi det er *hard law* due diligence.

For det andet har medlemslandene altid haft **forskellige modeller for selskabsledelse** med tilhørende regler, herunder ledelsesansvarsregler, som er udviklet og forfinet over årtier. Dette er aldrig blevet anset som en hindring for det indre marked, men som en fordel.³ Hvis Kommissionens nye argument skulle følges, afhænger virksomhedernes etableringsfrihed, som har eksisteret i over 60 år uden fælles EU-regulering af virksomheders interne ledelse, nu pludselig af regulering heraf fordi et eller to lande (igen) har ændret i deres nationale regulering.

³ “The different corporate governance systems of the Union should not be viewed as an obstacle to free enterprise within a single market, but as a treasure trove of different solutions to a wide variety of challenges that has been experienced and overcome.” (s. 11 i [Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law 2011](#) udarbejdet for Kommissionen).

Hvis man følger Kommissionens logik, ville det endvidere være tilstrækkelig begrundelse for EU-harmonisering hver gang et par lande ændrer deres nationale regulering.

Det skal understreges, at DI stærkt støtter et level playing field i EU på de relevante markeder, hvor danske virksomheder afsætter varer og services, men det giver ikke mening at tale om et level-playing field for selskabsledelse, fordi selskabsledelse vedrører den *interne* ledelse af virksomheder – ikke virksomhedens *output* i form af varer eller services, eller de pligter der er pålagt *selskabet*. I Danmark har vi fået opbygget en model for selskabsledelse, som er meget velfungerende, og som er internationalt rost for at tilskynde til langsigtet, aktivt ejerskab⁴. Der er ingen grund til at tro, at danske interesser varetages bedre ved at overlade reguleringen heraf til EU-harmonisering.

For det tredje vil forslagene om selskabsledelse ikke skabe retlig klarhed som hævdet. Konsekvensen bliver den modsatte: **retlig uklarhed**. Kommissionen har ikke leveret bevis for, at selskabsledelsesreglerne er det rette sted at regulere hverken bæredygtigheds due diligence eller bæredygtighed mere generelt. Dette har RSB også påpeget, da den afviste Kommissionens konsekvensanalyse to gange, bl.a. med følgende bemærkning: *"[not] convincing evidence that EU businesses [...] do not already sufficiently reflect sustainability aspects or do not have sufficient incentives to do so"*.⁵ De eksisterende ledelsesansvarsregler er kendte og klare, mens Kommissionens forslag er nye og uklare.

Det gælder ikke mindst forslaget i **art. 25**, der vil ændre det generelle ledelsesansvar i Danmark. Dette er idag med vilje formuleret relativt bredt⁶, så det på den ene side lægger beslutningshierarkiet fast og stiller ledelsen til ansvar for nogle helt centrale overordnede ansvarsområder, og på den anden side giver nødvendig fleksibilitet for ledelsen til at kunne træffe beslutninger i god tro i en verden præget af ufuldkommen viden, asymmetrisk information og usikkerhed – uden at skulle risikere at blive personligt ansvarlige, hvis beslutningerne ikke får den konsekvens, som de var tiltænkt. De i art. 25 nævnte hensyn indgår allerede i dette brede generelle ledelsesansvar.

Direktivforslaget i art. 25 skaber usikkerhed om ovennævnte balance og bryder med princippet om, at det generelle ledelsesansvar bør formuleres bredt. Det kan bl.a. rejse tvivl om, hvornår ledelsesbeslutninger er lovlige, øge antallet af søgsmål, skabe risikoaversion, forsinke beslutningsprocesser, besværliggøre tiltrækning af dygtige ledelsesmedlemmer, hæve ledelseslønninger, skade konkurrenceevnen mv. RSB har i forbindelse med sit andet røde kort til forslagene bl.a. bemærket, at der er behov for en bedre vurdering af *"how the proposed EU corporate sustainability governance rules would fit with the different national corporate governance models existing in the EU, given the national focus of company law"* ligesom RSB har påpeget de åbenlyse uklarheder og konfliktende hensyn, der vil blive en konsekvens af forslaget *"The description of the directors' duties should clarify how directors need to incorporate conflicting interests of*

⁴ Se f.eks. bogen [The Nordic Corporate Governance Model](#)

⁵ Nogle af de mange bæredygtighedstiltag fra EU, som vil påvirke virksomheder, og dermed også deres ledelser, er [Disclosure forordningen](#), [Taxonomi forordningen](#), [Direktivforslag om bæredygtighedsrapportering \(CSRD\)](#), [Forslag til forordning om miljøvenligt design for bæredygtige produkter](#), [European Green Deal \(bl.a. med sektor-specifikke tiltag\)](#), [Fit-for-55 pakken \(klima\)](#), [Circular Economy Action Plan \(35 initiativer\)](#) [Direktivforslag om at styrke forbrugernes rolle i den grønne omstilling](#), [Sustainable consumption of goods initiative](#) og meget mere. Dertil er der eksisterende EU-regulering bl.a. om [Direktiv om miljøansvar, forebyggelse og afhjælpning af miljøskader](#), [EU's lovgivning om sundhed, sikkerhed og fundamentale rettigheder](#) mv. ligesom bæredygtighed indgår som et element i aktionærrettighedsdirektivet. Derudover kommer national lovgivning f.eks. om CO2-skat samt den markedsdrevne udvikling, hvor bæredygtighed og samfundshensyn allerede er et konkurrenceparameter for at kunne tiltrække kunder, leverandører, samarbejdspartnere, medarbejdere, investorer mv. og undgå negativ omtale i medier mv.

⁶ Se [selskabslovens](#) §§ 115, 117, 118, 127, 361 og 363.

stakeholders and sustainability aspects. It should clarify whether or not there is a long-term interest of the company that could supersede particular interests of stakeholders or beneficiaries or particular sustainability considerations”.

Indvendingerne fra RSB er også relevante for forslaget i **art. 26** (ledelsesansvaret ift. selskabets due diligence pligter). Art. 26 skaber usikkerhed allerede fordi en eksplicit bestemmelse om ledelsens ansvar ift. selskabets due diligence pligter er unødvendig. Den usikkerhed ville kunne begrænses ved en ren henvisning til *selskabets* due diligence pligter, men artikel 26 lægger i stedet yderligere pligter på og indfører endda en kontroversiel, uklar juridisk ret for eksterne interessenter og NGO'er til at komme med input, som skal indgå i ledelsesansvaret ift. due diligence. Det bemærkes, at de pågældende eksterne interessenter kan have modsatrettede interesser, og at de intet ansvar har for beslutningernes konsekvenser – dette er fortsat alene ledelsens ansvar. Herved kan ledelsen altså blive ansvarlig både hvis *den ikke tager* tilstrækkeligt hensyn til NGO'erne (hvad er ”tilstrækkeligt” i øvrigt?), og hvis *den tager* hensyn, men konsekvenserne ikke bliver som tiltænkt (måske endda pga. inputtet fra eksterne interessenter).


Der er tilsvarende problemer med retlig klarhed i forhold til pligterne i **art. 15, stk. 1 og 2** (klima i forretningsmodel og -planer). Hvordan kan man være sikker på at leve op til de foreslåede pligter? Her er der også udfordringer med intensiteten af indgrebet i ledelsesretten og dermed forslagets proportionalitet. Det samme gælder **art. 15, stk. 3**, hvor det er foreslået, at lovgiver skal bestemme KPI'er i private virksomheders ledelsesaf lønning.

Der er også udfordringer med den påberåbte traktathjemmel, idet formuleringen ”tredjemands interesser” i **TFEU artikel 50** efter DI's opfattelse primært er møntet på selskabets *kreditorer* – ikke eksterne interessenter med en fjern eller mindre intensiv relation til selskabet. Kommissionens fortolkning af ”tredjemands interesser” i denne sag udvander indholdet af Art. 50. Eksempelvis er EU-forbrugerret ikke baseret på art. 50, selvom de fleste forbrugere er kunder hos selskaber.

Konklusion

De selskabsretlige elementer i forslaget er to gange blevet afvist af Kommissionens eget kvalitetssikringsorgan, som ikke har fundet det godt gjort, at forslagene er nødvendige for at opnå formålene med direktivet. Forslagene vil gribe ind i de eksisterende nationale modeller for selskabsledelse, herunder en velfungerende og rost dansk model. Forslagene udgør intensive indgreb i den interne ledelse af privatejede virksomheder i en hidtil uset grad. Intern selskabsledelse er slet ikke et område, hvor det giver mening at tale om et behov for et level-playing field og EU-harmonisering. Dette udgør åbenlyse problemer i forhold til nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet, som det er helt afgørende bliver overholdt.

Med venlig hilsen


Kim Haggren
Vicedirektør, DI