

Stockholm den 14 mars 2022

R-2022/0626

Till Justitiedepartementet

Ju2022/00901

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 8 mars 2022 beretts tillfälle att lämna synpunkter på Europeiska kommissionens förslag om ett nytt direktiv om tillbörlig aktsamhet för företag i fråga om hållbarhet.

Synpunkterna bör läsas med beaktande av att tidsfristen för att lämna dessa har varit mycket kort samtidigt som det föreslagna direktivet aktualiserar åtskilliga, nya och komplexa juridiska frågor. Den korta tid som stått till buds har inte möjliggjort att lämna närmare och mer detaljerade synpunkter på alla föreslagna bestämmelser.

### **Synpunkter**

#### *Förslagets innehåll i förhållande till syftet med regleringen*

Ett övergripande syfte med de föreslagna reglerna uppges vara att bättre utnyttja potentialen hos den europeiska marknaden att bistå med övergången till en hållbar ekonomi och att främja ett långsiktigt hållbart och ansvarsfullt näringsliv, samtidigt som företags juridiska skyldigheter tydliggörs. Detta ska ske genom att företag arbetar med så kallad *due diligence* på hållbarhetsområdet. Det due diligence-koncept som förslaget sägs baseras på finns i internationellt auktoritativa men juridiskt icke-bindande standarder.

Andra centrala syften anges vara att åstadkomma dels harmonisering mellan olika krav på due diligence (materiella krav och transparenskrav) i olika EU- och nationella



regleringar, dels ett så kallat *level playing field* mellan företag som redan arbetar ingående med due diligence och andra aktörer på marknaden.

Förslaget avviker emellertid i väsentliga delar från de principer och begrepp som finns i de due diligence-standarder som förslaget är baserat på. För att uppnå direktivets uppgivna syften skulle därför genomgripande revideringar av direktivförslaget behöva göras.

Ett illustrativt exempel på otydligheter i det föreslagna direktivet är begreppet ”*established business relationships*” i artikel 1(a) (och den därmed sammanhängande definitionen av ”business relationship” i artikel 3(a) e paragraf (ii)). Begreppet används dels som en begränsning av omfattningen av bolags due diligence-förpliktelser, dels som en avgränsning av företags civilrättsliga ansvar. Begreppet är emellertid alltför oprecist och därför olämpligt att användas för att avgränsa omfattningen av ett civilrättsligt skadeståndsansvar. Begreppet är inte heller lämpligt som avgränsning av due diligence-skyldigheten. Omfattningen av bolags due diligence-arbete bör istället följa de grundläggande principerna i de underliggande standarderna. Dessa standarder är välkända och innehåller etablerade begrepp som sedan tio år tillbaka tillämpats av många företag globalt. Det finns därmed också en etablerad praxis för tolkning och tillämpning av dessa begrepp. Att återanknyta till denna praxis skulle innebära bättre juridisk tydlighet och förutsebarhet. Ett exempel är aktivitetsplikten, som enligt standarderna omfattar företagets hela verksamhet och negativa påverkan direkt kopplad (”*directly linked*”) till företagets verksamhet, produkter och tjänster, prioriterat efter var risken för väsentlig negativ påverkan på miljö och mänskliga rättigheter är som störst sett i förhållande till bolagets natur och operativa kontext. En sådan reglering skulle ge bolag flexibilitet och incitament att prioritera hanteringen av de största riskerna, efter vad som kan förväntas mot bakgrund av bolagets natur och operativa kontext, på det sätt som är sedvanligt inom allt riskbaserat regelefterlevnadsarbete. De underliggande standarderna är också medvetet utformade för att kunna tillämpas av alla former av och storlekar på företag.

På motsvarande sätt bör artiklarna 7 och 8 harmoniseras med begreppet ”*causing, contributing to and directly linked*” i de underliggande standarderna.



Det kan också noteras att annan EU-reglering och nationell lagstiftning i högre grad bygger på dessa standarder än direktivförslaget gör. De nya begrepp som introduceras i direktivförslaget skulle alltså i själva verket *motverka* harmoniseringssyftet.

Ett annat otydligt begrepp i direktivförslaget är ”*value chain*” i artikel 1(a), som även tycks omfatta ett ansvar för *kunders* agerande. Ett så vidsträckt ansvar för omständigheter som en leverantör i normalfallet inte kan kontrollera inger betänkligheter.

Även om skyldigheterna endast omfattar ”mycket stora bolag” och ”stora bolag” i utvalda riskbranscher (artikel 2) kommer sannolikt även mindre och medelstora företag att omfattas om de ingår i större företags leveranskedjor. Genom att inkludera lån och andra finansiella tjänster kan förslaget potentiellt också få betydande konsekvenser för möjligheten att få tillgång till kapital, och kostnaderna för att få tillgång till kapital. Konsekvenserna av detta har inte belysts.

Rätten till olika former för upprättelse i händelse av en inträffad negativ påverkan på mänskliga rättigheter i icke-juridisk mening är central i de underliggande standarderna. Klagoprocessen enligt direktivförslagets artikel 9 bör därför justeras så att den blir bättre förenlig med effektiva *grievance*-mekanismer enligt princip 31 i FN:s vägledande principer för företag och mänskliga rättigheter. Syftet med dessa, vilket sedermera bekräftats i praxis, är att låta parterna själva enas om hur en negativ påverkan ska åtgärdas på lägsta möjliga konfliktnivå, på snabbast möjliga sätt och på det för båda parter mest effektiva sättet.

Definitionen av ”company” i artikel 3(a) i direktivförslaget innebär att direktivets krav skulle kunna uppfattas som att varje enskilt bolag i en koncern som uppfyller storlekskraven i artikel 2.1 måste upprätta sin egen mekanism för att ta emot klagomål. Det inger betänkligheter redan från synpunkten av den unionsrättsliga proportionalitetsprincipen.

Den föreslagna regleringen av skadeståndsansvar i artikel 22 i direktivförslaget är alltför otydlig för att vara rimligt förutsebar och rättssäker. Utöver att det är oklart vad som omfattas, vilka ansvarssubjekten är och vilka närmare ansvarsförutsättningar och ansvarsbegränsningar som gäller, är, som redan påpekats, begreppet ”*established*”



*business relationship*” inte lämpligt som avgränsningsbegrepp. Det är också oklart hur artikel 22 förhåller sig till regleringarna i Bryssel I- och Rom II-förordningarna.

I direktivförslaget föreslås också sanktioner i form av böter (artikel 20). Även denna bestämmelse är oklar, bland annat vad gäller vilka personer som kan bli föremål för sådana sanktioner och räckvidden av sanktionerna. Bestämmelsen inger betänkligheter i förutsebarhets- och rättssäkerhetshänseende.

#### *Särskilda förpliktelser för styrelse och ledning*

Direktivförslaget innehåller, utöver de krav som föreslås ställas på berörda *bolag* i fråga om due diligence på hållbarhetsområdet, ett antal förslag till regler på bolagsstyrningsområdet, dvs. regler som avser bolagsstyrningsinternt beslutsfattande och ansvar för befattningshavare *inom* berörda associationer. Förslagen i dessa delar finns främst i artiklarna 25 och 26, se även artikel 15.3. Advokatsamfundet avstyrker dessa förslag. De inger principiella betänkligheter redan mot bakgrund av den unionsrättsliga subsidiaritetsprincipen. Att på förslaget sätt acceptera EU-rättslig reglering på aktiebolagsrättens område kan i förlängningen försämra möjligheterna att värna den svenska bolagsstyrningsmodellen. De föreslagna artiklarna är dessutom inte nödvändiga för att uppfylla det föreslagna direktivets uppgivna syften. Styrelse och ledning för en association, i vart fall ett aktiebolag, måste redan idag i relevant mån väga in konsekvenserna för associationen och omvärlden på alla de områden som är relevanta för associationen i sitt beslutsfattande. Inte minst den föreslagna artikel 26 brister vidare i tydlighet och precision på ett sådant sätt att den även av den anledningen inte bör bli normerande.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander