

Danske virksomheders due diligence ansvar

Fra ansvar for kontrol til ansvar for
manglende kontrol

Vibe Ulfbeck

KØBENHAVNS UNIVERSITET



Oversigt

1. Intro - problemet
2. Almindeligt gældende principper i dag – og dilemmaer
3. Direktivets due diligence forpligtelser
4. Direktivets erstatningsansvar
5. Nye dilemmaer
6. Afrunding

I. Intro

- Spm: Kan virksomhed i DK gøres erstatningsansvarlig for skader forvoldt i virksomhedens 'aktivitetskæde' i et tredjeland?
- Fokus: arbejdsskader, miljø og klima

Hvad er en 'aktivitetskæde'? (Art 3 (g))

- Både forudgående og visse efterfølgende led
- Datterselskaber
- Virksomhedens forretningsparter – direkte og indirekte

II. Almindeligt gældende principper i dag

HR: **Ej hæftelse** for andre aktører i aktivitetskæden

Datterselskaber:

Ej ansvarsgennembrud efter selskabsretten, medmindre formuesammenblanding eller misbrug

Kontraktsparter:

Ej hæftelse for selvstændigt virkende tredjemænd, medmindre særligt farligt arbejde eller kontrol bevaret

Men **culpaansvar**? ...Eksempler findes...

Lungowe & others v. Vedanta Resources Plc & Konkola Copper Mines (2019) UK SC 20

Konklusion i dom:

' I regard the published materials in which Vedanta may fairly be said to have asserted **its own assumption of responsibility** for the maintenance of proper standards of environmental control over the activities of its subsidiaries, and in particular the operations at the mine, and not merely to have laid down but also implemented those standards by training, monitoring and enforcement, as sufficient on their own to show that it is well arguable that a sufficient level of intervention by Vedanta in the conduct of operations at the mine may be demonstrable at trial, after full disclosure of the relevant internal documents of Vedanta and KCM, and of communications passing between them'

Overførbarehed til dansk ret?

- Selskabslovens § 363, stk. 2: Ansvar for kapitalejer kræver forsæt eller grov uagtsomhed
- MEN: Ansvar for moderselskab, der har optrådt som 'direktør' i datterselskab eller medvirket til ansvarspådragende beslutninger, jf. U 97.364 H (Satair)

Afgørende: Ansvar for at tage kontrol

=> 'Kontrol dilemmaet'

III. Direktivets due diligence forpligtelser

- Artikel 5-11 + 15
 - Forebygge og afbøde, art. 7
 - Bringe til ophør, art 8
 - Klimaforpligtelser, art 15 (Shell sag, Holland, 2021)

Hvad skal virksomheden gøre efter art. 7 og 8?

- Elastik:

'Passende foranstaltninger', 'hvis det er relevant', 'om nødvendigt', 'evne til at påvirke', 'prioritering' (jf. Art. 6a)

- Over for kontraktparter:

Kontrakten som styringsinstrument – evt. Afbryde forretningsforbindelse

- Over for datterselskaber:

Styring via politikker/adfærdskodeks, investeringer, støtte til SMV'er

IV. Direktivets erstatningsansvar (art. 22)

1.: Medlemsstaterne sikrer, at en virksomhed kan holdes ansvarligt for en **skade**, der forårsages på en fysisk eller juridisk person, forudsat at:

- a) virksomheden **forsætligt eller uagtsomt** har undladt at overholde forpligtelserne i **artikel 7 og 8**, når de rettigheder, forbud eller forpligtelser, der er anført i bilag I, har **til formål** at beskytte den fysiske eller juridiske person, og
- b) der **som følge af** en undladelse som omhandlet i litra a) er forårsaget skade på den fysiske eller juridiske persons **retlige interesse, der er beskyttet i henhold til national ret**.
- En virksomhed kan ikke holdes ansvarlig, hvis skaden **udelukkende** er forårsaget af dens forretningspartnere i dens aktivitetskæde.

Klassisk erstatningsret?

- Forsæt eller uagtsomhed
- Overtrædelse af handlenorm (art. 7 og 8 - jf. 'elastik')
- Beskyttelsesformålet – i konventionerne
- Kausalitet (dvs. anden 'medvirken' påfører ikke ansvar (??))
- Skade, der er beskyttet som retlig interesse i 'national ret'/tab

Afgørende: ansvar for IKKE at tage kontrol

=> Nye dilemmaer...

V. Nye dilemmaer

Eks. 1: Safe harbours?

- Skaber direktivet 'safe harbours' for virksomheder, eller kan man mødes med yderligere krav? (sml. Oprindelig formulering)
- Art. 22 (1) : Udtrykkeligt intet ansvar for skader, der udelukkende er forvoldt af en kontraktspart (forretningspart). Dvs.: **ej hæftelse**

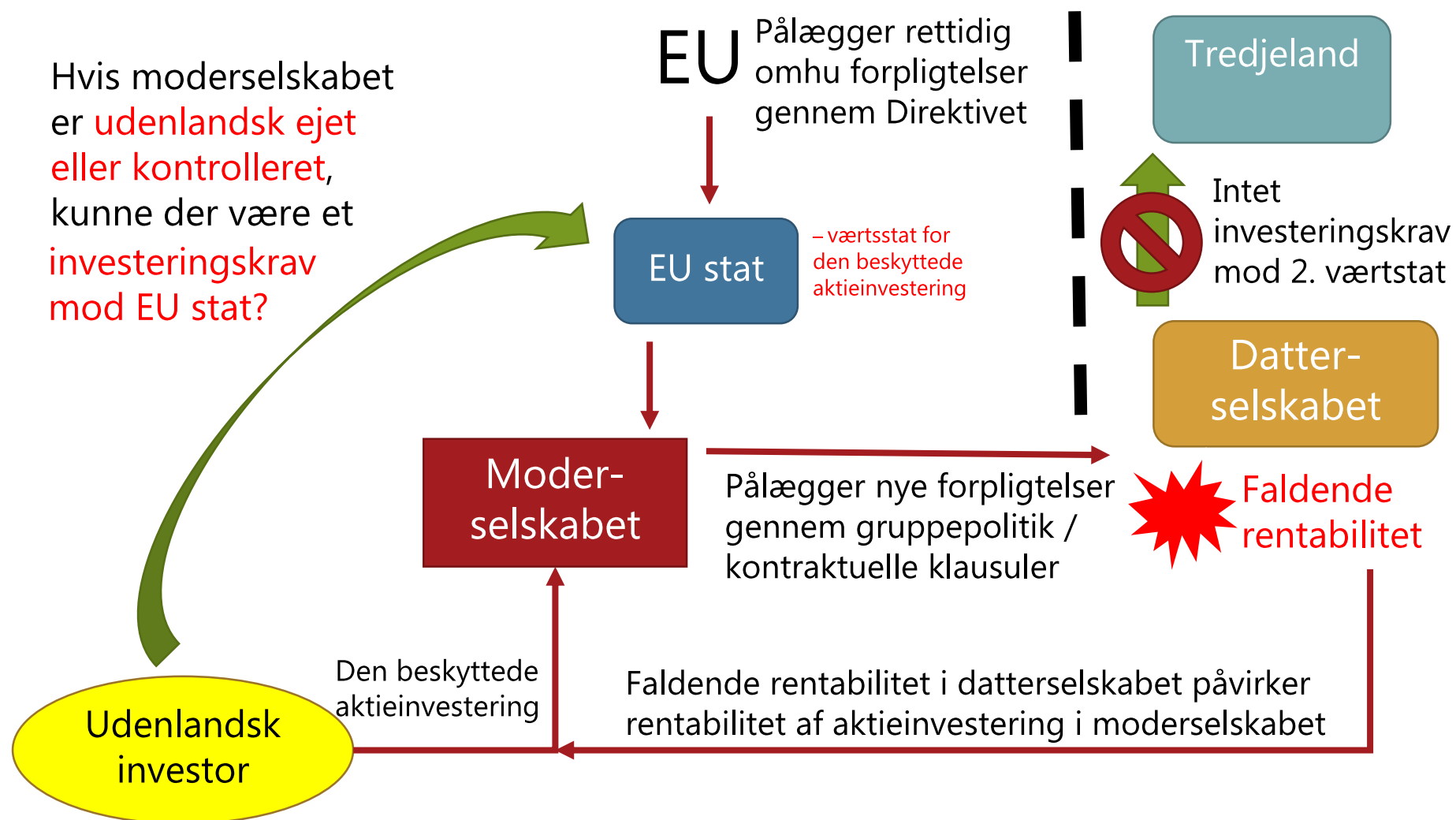
MEN

- Art. 22 (4) : Regler i direktiv berører ikke civilretlige regler, 'der er strengere end dette direktiv' - for eks. hæftelse?

Eksempel 2: Øgede krav til virksomheder kan udløse erstatningskrav mod stater (under BITs)

- Bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler (eng: bilateral investment treaties, BITs)
 - Aftaler mellem EU lande regnes af Den Europæiske Domstol som **ugyldige**
 - Dog voldgiftsdomstole er meget ofte uenige i det
- (Vores) opsummering af retspraksis fra 2019: Gáspár-Szilágyi, Szilárd, and Maxim Usynin. "The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment." *European Investment Law and Arbitration Review Online* 4, no. 1 (December 16, 2019): 29–65. https://doi.org/10.1163/24689017_00401003.
- Aftaler mellem EU lande og tredjelande regnes som gyldige

Risiko af erstatningsansvar efter investeringsbeskyttelsesaftaler? (1/2)



Risiko af erstatningsansvar efter investeringsbeskyttelsesaftaler? (2/3)

Problemet med forvaltningen på flere niveauer:

'With regard to the influence of EU policies on RE [renewable energy] investment disputes, the regulation of RE support schemes within the EU **produced a gap between supranationally imposed objectives of RE promotion and individual responsibility of Member States under investment treaties.**

The EU has limited means of influence on investment arbitral proceedings, which are currently [as of 2015] exercised through *amicus curiae* participation, and subsequent involvement into enforcement procedures. From a legal perspective, the main arguments of the EU involve both jurisdictional objections (termination or invalidity of intra-EU BITs) and substantive incompliance with EU law (primarily, regulations on permissible state aid). It is nevertheless doubtful whether tribunals will take any broader considerations of EU investment and environmental policies into account.'

Kilden: M. Usynin, [The Fall of Icarus? How States Attract Renewable Energy Investment Claims](#), PluriCourts Research Paper No. 16-10, 2016. s. 52

// OBS! Mit speciale fra 2016, bedømmelse: B(10)

Risiko af erstatningsansvar efter investeringsbeskyttelsesaftaler? (3/3)

Relevant litteratur om emnet

Om aktionærens fordring i investeringsret:

- Vanhonnaeker, L. (2020). *Shareholders' Claims for Reflective Loss in International Investment Law* (Cambridge International Trade and Economic Law). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108784023

Om privatisering af regulering:

- Hansen, Ole, Clement Salung Petersen, and Vibe Ulfbeck. "Private Governance and the Potential of Private Law." *European Review of Private Law* 2 (2020): 333–74.
- (med ekstraterritorial effekt) Usynin, Maxim. "[Sailing in All Winds: Extraterritorial Regulation as a Trigger for Self-Regulatory Practices in the Shipping Industry.](#)" *Journal of International Maritime Law* 26, no. 5 (2020): 337–56.

Om EUs (mulige) brud på folkeretlige forpligtelser vedrørende investeringsbeskyttelse:

- Gáspár-Szilágyi, S & Usynin, M 2022, 'Does the CJEU Misunderstand Investment Treaty Arbitration in *Commission v Micula?*', *European Investment Law and Arbitration Review Online*, vol. 7, no. 1, pp. 53-75. https://doi.org/10.1163/24689017_0701004

// OBS! Nyudgivet, med åben tilgang

Afrunding
Tak for opmærksomheden