

Høringsbrev forslag til direktiv om plikt til tilbørlig aktsomhet for bærekraft for virksomheter

Uttalelsen er utarbeidet av stipendiat Line Gjerstad Tjelflaat ved juridisk fakultet, Universitetet i Bergen.

FNs bærekraftsmål setter ambisiøse mål for omstilling til et bærekraftig samfunn. EU har fulgt opp med ambisiøse tiltak for å sikre menneskerettigheter, klima og miljø. Gjennom «green deal» er målet overgang til en klimanøytral og grønn økonomi i samsvar med blant annet Parisavtalen og FNs bærekraftsmål. Europakommisjonens forslag til direktiv om plikt til tilbørlig aktsomhet for bærekraft for virksomheter av 23. februar 2022, Directive on corporate sustainability due diligence, er ett av disse tiltakene.

Regelverket er ansett som et viktig virkemiddel for å oppnå reell forbedring for mennesker og samfunn i globale verdikjeder. Et bindende regelverk for virksomheter i hele EU vil også bidra til å utjevne konkurransevilkår på det europeiske markedet.

Jeg har sett nærmere på enkelte sider ved forslaget hvor det etter min mening er rom for forbedring. Mine innspill kan deles i tre kategorier: (i) Forholdet mellom direktivforslagets aktsomhetsvurderinger og risikobaserte aktsomhetsvurderinger som blant annet åpenhetsloven bygger på og (ii) forslagets erstatningsregler og (iii) styrets aktsomhetsplikt. Hovedfokuset er på (i) og (ii).

1. Overordnede betraktninger om forholdet mellom direktivforslaget, åpenhetsloven og de rådende internasjonale standarder.

1.1 Min oppfatning

I følge direktivforslagets forteale bygger forslagets due diligence – krav på OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper og FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter. Mitt syn er at direktivet bør knyttes enda tettere opp mot den risikobaserte tilnærming som ligger til grunn for OECDs retningslinjer og UNGP. Dette kan eksempelvis gjøres etter tilsvarende mønster som åpenhetsloven § 4, eventuelt med ytterligere presiseringer i teksten. Begrunnelsen for synspunktet er tredelt: For det første er min oppfatning at OECDs risikobaserte modell gir selskaper bedre muligheter for å redusere risiko for negativ påvirkning på menneskerettigheter og miljø i verdikjedene. For det andre gjelder OECDs retningslinjer allerede som veletablert softlaw på det globale markedet og er godt innarbeidet hos de fleste større selskaper. For det tredje vil det fra et norsk perspektiv innebære særskilte utfordringer om selskapene som omfattes av direktivforslaget skal måtte forholde seg til to ulike standarder som dels bygger på ulike metodiske tilnærminger.

1.2 Hovedskillet mellom direktivforslaget og den risikobaserte aktsomhetsvurdering som metode

Aktsomhetsvurderinger er en prosess der selskaper skal kartlegge, forebygge, begrense og gjøre rede for hvordan de håndterer eksisterende og potensielle negative konsekvenser av sin virksomhet. Både FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter (UNGP)¹, OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper² og åpenhetsloven³ bygger på at aktsomhetsvurderinger skal være *risikobaserte*. Det innebærer at vurderingene skal utføres regelmessig og stå i forhold til virksomhetens størrelse, virksomhetens art, konteksten virksomheten finner sted innenfor og alvorlighetsgraden av og sannsynligheten for negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter. Selskapene skal konsentrere seg om de mest alvorlige risikoer hvor selskapene har størst mulighet for å påvirke.⁴ Dette aspektet er viktig fordi de største risikoene gjerne ligger langt nede i leverandørkjeden – ofte på råvarestadiet.⁵

Undertegnades oppfatning er at direktivforslaget bør bygge på en tilsvarende risikobasert metode for aktsomhetsvurderinger. Slik forslaget er formulert mener jeg at det fremmer en formalistisk tilnærming til verdikjedearbeidet med risiko for at verdikjedearbeidet blir en papirøvelse med fokus på regeletterlevelse fremfor reell forbedring. Jeg er særlig bekymret for fokuset på kontraktuelle bekreftelser fra kontraktsparter og verifikasjoner fra tredjeparter etter artikkel 7(2) bokstav (b) og 7(4), evt artikkel 8(3) bokstav (c) og artikkel 8(5). Når dette i tillegg fremheves i forbindelse med ansvarsfrihet i artikkel 22(2) frykter jeg at selskapene vil prioritere denne typen arbeid fremfor det risikobaserte arbeidet. Oppfatningen forsterkes ved at det i henhold til forslagets artikkel 12 foreslås at det skal utarbeides standardklausuler som kan brukes av selskapene i leverandør oppfølgingen. Det er også verdt å merke seg at det ikke stilles noen krav til tredjepartene som skal kunne avgi verifikasjoner, ut over at de skal være *uavhengige*.

Jeg mener også at den innarbeidede risikobaserte metoden for aktsomhetsvurderinger i større grad pålegger selskapene å arbeide for å avhjelpe negativ påvirkning på menneskerettigheter og miljø enn hva direktivforslaget gjør. Jeg er bekymret for fremheving av muligheten for heving (termination) av kontrakter hvor kontraktsparter ikke lever opp til forventninger for menneskerettigheter og miljø i praksis vil føre til at uttreden blir en foretrukket løsning for å unngå ansvar, se artikkel 7(5) bokstav b og artikkel 8(6) bokstav b. Selskapers uttreden vil i flere tilfeller kunne få svært negative

¹ UN Guiding principles on business and human rights, Tilgjengelig i original på https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf sist lastet ned 25.4.2022

² Tilgjengelig på <https://www.responsiblebusiness.no/oecd-retningslinjer/> sist lastet ned 25.4.2022

³ LOV-2021-06-18-99 Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven)

⁴ Se eks åpenhetsloven § 4 annet ledd

⁵ Om forholdet mellom direktivforslagets aktsomhetsvurderinger og åpenhetsloven se også Line Gjerstad Tjelflaat på Juridika Innsikt: <https://juridika.no/innsikt/eus-forslag-til-direktiv-for-virksomhetes-aktsomhetsvurderinger-for-menneskerettigheter-klima-og-milj%C3%B8> sist lastet ned 25.4.2022

konsekvenser for de mennesker direktivet er ment å beskytte. Dette er svakheter ved forslaget som jeg håper vil forbedres i det endelige direktivet.

1.3 Fordelen ved å bruke den internasjonalt anerkjente rådende standard for selskaper som opererer i globale markeder

Jeg mener at det har flere fordeler å knytte kravene så tett som mulig opp til de internasjonalt anerkjente standarder når det skal utarbeides bindende regelverk.⁶ For det første er dette standarder som selskapene er kjent med, og som bygger på en innarbeidet metode. Kostnadene for selskapene vil dermed bli små sammenlignet med å innføre en ny metode for aktsomhetsvurderinger. For det andre vil selskapene uansett være bundet av de internasjonalt rådende standardene som softlaw prinsipper – Det er dermed en risiko for at ulike metoder vil kunne føre til unødvendig ressursbruk på tolkning av regelverk på bekostning av reelt arbeid i verdikjedene. For det tredje vil det kunne være en konkurranseulempa for europeiske selskaper om det blir utarbeidet en egen europeisk metode som avviker fra den internasjonale metoden i for stor grad. Samlet sett mener jeg at risikoen for at verdikjearbeidet blir en papirøvelse er betraktelig høyere ved forslagets metode enn en risikobasert metode, uten at den synes å være noe mindre ressurskrevende å gjennomføre.

For norsk retts vedkommende er det også et poeng at forholdet mellom åpenhetsloven og direktivkravene reiser en rekke kompliserte spørsmål som må utredes nærmere dersom direktivet baseres på en annen metodisk tilnærming enn åpenhetsloven.

1.4 Selskapers som pliktsubjekter for menneskerettighetsforpliktelser

Menneskerettighetsforpliktelsene som ligger til grunn for direktivforslaget er de alminnelige menneskerettighetskonvensjoner som regulerer staters ansvar for å sikre menneskerettighetene. At selskaper har et menneskerettighetsansvar, bygger på en erkjennelse av at selskaper kan påvirke hele spekteret av menneskerettigheter. Selv om selskapers menneskerettighetsansvar skiller seg fra statenes menneskerettighetsansvar, er det de samme rettighetene som ligger til grunn for forpliktelsen. Dette er gjenspeilet ved at direktivet viser til de fleste internasjonalt anerkjente menneskerettighetskonvensjonene. Synspunktet kan nok kritiseres, og enkelte har fremhevet at selskapenes forpliktelser skiller seg markant fra statenes forpliktelser, og at enkelte av rettighetene ikke er relevante overfor selskaper. Eksempelvis er det vanskelig å tenke seg at selskaper kan ha en negativ innvirkning på retten til rettferdig rettergang.

Etter min oppfatning er det vanskelig å se at dette er videre problematisk – selskapene trenger bare å sette inn tiltak for de risikoer som er relevante for sin egen virksomhet.

⁶ Tilsvarende Shift's Analysis of the EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive tilgjengelig på <https://shiftproject.org/resource/eu-csdd-proposal/shifts-analysis/> sist lastet ned 25.4.2022. Se også i samme retning Anne Lefarre på ECGI blog 12.4.2022 tilgjengelig på <https://ecgi.global/blog/mandatory-corporate-sustainability-due-diligence-europe-way-forward> sist lastet ned 25.4.2022.

Om det er risikoer som ikke er relevante for virksomheten trenger de heller ikke å sette inn tiltak mot dem. Det fremstår som en vanskelig oppgave om det skulle vært utarbeidet en egen rettighetskatalog for næringslivet. En slik tilnærming ville også bryte med de rådende internasjonale standarder på området.

2. Direktivforslagets erstatningsregler

2.1 Min oppfatning

I motsetning til OECDs retningslinjer, UNGP og åpenhetsloven har direktivforslaget egne regler om erstatningsansvar. Den sentrale erstatningsbestemmelsen er artikkel 22 som gjelder selskapets erstatningskrav. I tillegg krever direktivet at nasjonal rett skal ha sanksjonsadgang ved manglende overholdelse av pliktene som fremgår av artikkel 25 (styrets ansvar for selskapsinterne bærekraftsvurderinger). Kommentarene her knytter seg til selskapets erstatningsansvar med mindre noe annet fremgår uttrykkelig i teksten.

Undertegnades oppfatning er at erstatningsreglene for selskaper i artikkel 22 ikke er utformet på en optimal måte for å oppnå de formål reglene er tiltenkt.⁷ Det er heller ikke åpenbart at direktivet bør ha særlige erstatningsregler for selskapers brudd på plikten til å gjennomføre aktsomhetsvurderinger– muligens er det mer hensiktsmessig å overlate den nærmere utformingen av erstatningsreglene til nasjonal rett, slik eksempelvis artikkel 25 legger opp til.

Forslagets regler bør uansett endres slik at de i større grad er egnet til å oppnå de tiltenkte formål. Jeg mener også at det bør vurderes om erstatningsreglene skal gis sammen med større tilgang til prøving av det materielle erstatningskrav. Begrunnelsen for synspunktet er forankret i flere forhold. *For det første* synes reglene om erstatningsansvar å være den sentrale begrunnelse for hvorfor innholdet i aktsomhetsvurderingene i direktivforslaget er begrenset sammenlignet med OECDs retningslinjer. *For det andre* er det usikkert i hvilken grad de foreslåtte erstatningsreglene er egnet til å oppnå det formål de er tiltenkt. *For det tredje* inneholder forslaget for mange vage, upresise formuleringer. *For det fjerde* mener jeg at forslagens bestemmelser om ansvarsfrihet fremmer en formalistisk tilnærming til aktsomhetsvurderinger med økt risiko for at verdikjeddarbeidet blir en papirøvelse. *For det femte* er jeg av den oppfatning at den nasjonale alminnelige erstatningsretten inneholder større grad av fleksibilitet for å hensynta de konkrete forhold i den enkelte sak enn hva direktivforslaget legger opp til. Dette gir etter min oppfatning også større rom for erfaringsutveksling etter hvert som denne type søksmål behandles ved nasjonale domstoler.

⁷ Se også Line Gjerstad Tjelflaa på Juridika innsikt 22.4.2022 tilgjengelig på <https://juridika.no/innsikt/n%C3%A5r-selskaper-krenker-menneskerettigheter-og-skader-milj%C3%B8et-europakommisjonens-nye-direktivforslag-om-n%C3%A6ringslivets-b%C3%A6rekraftsansvar> sist lastet ned 25.4.2022

2.2 Erstatningsreglenes betydning for valg av metode for aktsomhetsvurderinger

Som det fremgår av punkt 1 er min oppfatning at direktivet bør knytte seg tettere opp mot FNs veiledende prinsipper for ansvarlig næringsliv og OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper sin risikobaserte tilnærming til selskapers ansvar for menneskerettigheter i verdikjeden. I den grad erstatningsreglene forvansker en slik tilnærming, mener jeg at den risikobaserte tilnærming bør prioriteres.

2.3 Forslagets mulighet til å oppnå de angitte formål

Europakommisjonen fremhever i fortalen at erstatningsansvaret er et viktig virkemiddel for å sikre etterlevelse av direktivforpliktelsene og for å bidra til gjenoppretting av skade for ofre for virksomhetsrelaterte menneskerettighetskrenkelser. I tillegg er erstatningsreglene viktige for å sikre like konkurransevilkår i EU. Til sist skal reglene også bidra til harmonisering av et stadig mer fragmentert nett av nasjonale regelverk for næringslivets menneskerettighetsforpliktelser.

Med en så viktig funksjon må erstatningsreglene utformes slik at de virker etter sin hensikt. Ser man de foreslåtte reglene i lys av de uttalte formål kan det reises spørsmål ved om den foreslåtte reguleringen treffer.

2.4 Gjenoppretting

En av erstatningsrettens grunnleggende formål og funksjon er å bidra til gjenoppretting for skadelidte. Jeg er av den oppfatning at erstatningsreglene slik de er utformet bare i liten grad bidrar til reell gjenoppretting for den som blir skadelidt etter selskapers negative påvirkning på menneskerettigheter og miljø. Europakommisjonen burde etter min oppfatning sett på gjenoppretting i et bredere perspektiv hvor også alternative tvisteløsningsmekanismer ble vurdert.⁸ I tillegg gjenstår så mange søksmålsbarrierer at gjenopprettingsadgangen fremstår lite reell.

De siste årene har det vært fremmet en rekke søksmål med krav om erstatning fra ofre for virksomhetsrelaterte menneskerettighetskrenkelser mot vestlige selskaper i europeiske domstoler. Erfaringen fra disse søksmålene viser at ofrene møter en rekke praktiske og prosessuelle søksmålsbarrierer som synes vel så vanskelig å overkomme som de materielle erstatningsreglene. Etter min mening vil materielle erstatningsregler uten adgang til reell domstolsprøving ha liten betydning for gjenopprettingsadgangen ved nasjonale domstoler. Dersom skadelidte skal ha reell rett på erstatning ved den type krenkelser som omfattes av de materielle regler må søksmålsbarrierene reduseres ytterligere.

Materielt vil særlig prinsippet om ansvarsbegrensning og rettssubjektivitet i konsernforhold utgjøre en skranke for morselskapets erstatningsansvar i denne type

⁸ Tilsvarende John Gaffney på Oxford Law Blog 30.3.2022 tilgjengelig på <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/business-and-human-rights-arbitration-can-provide-access-effective> sist lastet ned 25.4.2022

saker. Likevel bygger direktivforslaget på et selskapsperspektiv og ikke på et konsernperspektiv. Ved å bygge på et *konsernperspektiv* ville flere av de utfordringene direktivet søker å løse være løst.⁹ Selv om den aksjeselskapsrettslige ansvarsbegrensningen og prinsippet om rettssubjektivitet opprettholdes i forslaget, inneholder de materielle forpliktelser til selskapene som omfattes krav som innebærer at grensene for selskapers handlefrihet flyttes.

På tross av dette gjenstår betydelige søksmålsbarrierer før domstolsprøving av erstatningskrav fremstår som en reell gjenopprettingsmulighet for skadelidte. Forslaget inneholder ikke regler om jurisdiksjon, foreldelse, sakskostnader, bevistilgang eller omvendt bevisbyrde.¹⁰ Forslaget inneholder heller ingen regler som tar sikte på å tette informasjonsgapet mellom skadelidte og selskaper, slik som tilgang på informasjon, språklige barrierer eller juridisk kunnskap. Selv om hensynet til å unngå flodbølger av søksmål må hensyntas mener jeg at barrierene som opprettholdes i dag er så høye at adgangen til domstolsprøving av erstatningskrav ikke er reell.

Jeg vil også peke på at alternative tvisteløsningsmekanismer til nasjonale domstoler i liten grad synes undersøkt av Europakommisjonen på tross av tilgjengelig kunnskap.¹¹ Sanksjonene som det foreslåtte tilsynsorganet kan ilegge har begrenset gjenopprettingseffekt overfor skadelidte. Her vil jeg peke på voldgift og mekling etter mønster fra OECDs nasjonale kontaktpunkt som alternativer som begge har potensiale til å kunne bidra med hurtigere, rimeligere og mer skånsom tvisteløsning enn søksmål ved ordinære domstoler.

2.3.1 Prevensjonshensynet

Direktivets formål om å bedre forhold for mennesker og samfunn i globale verdikjeder er godt. Min oppfatning er likevel at de foreslåtte erstatningsreglene bare i begrenset grad er egnet til å sikre etterlevelse av direktivets materielle forpliktelser overfor menneskerettigheter og miljø.

Den viktigste begrunnelsen for min skepsis er muligheten for ansvarsfrihet på grunnlag av *kontraktuelle bekreftelser* som følger av forslagets artikkel 22(2). Det fremstår tryggere for selskaper å basere seg på en formalistisk tilnærming med fokus

⁹ Se tilsvarende blant annet Mariana Pargendler på Oxford Law Blog 11.4.2022 tilgjengelig på <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/eu-proposal-corporate-sustainability-due-diligence-and-mystique> sist lastet ned 25.4.2022. Se også Marleen Och i OxfordLawBlog 20.3.2022 tilgjengelig på <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/case-missing-shareholders-proposed-corporate-sustainability-due> sist lastet ned 25.4.2022.

¹⁰ Se blant annet Alessio M. Paces på Oxford Law Blog 20.4.2022 tilgjengelig på <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/supply-chain-liability-corporate-sustainability-due-diligence>. Motsatt Steen Thomsen på Oxford Law Blog 14.4.2022 tilgjengelig på <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/sustainable-corporate-governance-and-road-stagnation>

¹¹ Se blant annet https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Report_on_Business_and_Human_Rights.pdf

på regeletterlevelse enn en risikobasert tilnærming med mennesker i sentrum. Dette mener jeg er uheldig.

Jeg mener også at det ikke er tilstrekkelig undersøkt hvorvidt de foreslåtte erstatningsreglene kan få uheldige sidevirkninger. Det er særlig risikoen for at selskaper vil velge å tre ut av områder med høy risiko for menneskerettighetskrenkelser fremfor å arbeide med forholdene i verdikjeden som bekymrer oss. I mange tilfeller vil uttreden være den verste tenkelige løsningen for mennesker som rammes. Barnearbeidere på plantaser risikerer at plantasjene legges ned med den følge at de blir ofre for langt verre krenkelser som sexhandel og det private slavemarkedet. Mennesker som har farlige arbeidsforhold risikerer at virksomheten overtas av noen som har enda dårligere sikkerhetsforhold på arbeidsplassen.¹²

2.3.2 Harmonisering

I direktivets fortale på side 12-13 uttaler Europakommisjonen at erstatningsreglene anses viktige for å oppnå harmonisering i EU og for å sikre like konkurransevilkår. Det fremheves at reguleringen i dag er ulik i de europeiske land. Kommisjonen fremhever særskilt ulikhetene i den franske *Loi relative au devoir de vigilance* har regler om erstatningsansvar, mens den tyske *Sorgfaltspflichtengesetz* fastsetter eksplisitt at reglene i loven ikke har betydning for det sivile erstatningsansvaret.

Under henvisning til avgjorte og pågående saker ved nasjonale domstoler peker kommisjonen på at nasjonalstater vil kunne ha ulike krav til kontroll over den skadevoldende aktivitet som grunnlag for erstatningsansvar. Mens enkelte land kan tenkes å knytte erstatningsansvar til eierskap i datterselskaper, vil andre land kunne akseptere faktisk kontroll i form av kontrakter ol som grunnlag for ansvar.

Vi er enig i at det er viktig å oppnå harmonisering av regelverk for næringsliv og menneskerettigheter, og at like konkurransevilkår må søkes oppnådd. Selskapene regelverket gjelder for opererer imidlertid ikke bare i Europa, men på et globalt marked. Min oppfatning er at harmonisering i EU ikke må gå på bekostning av internasjonal harmonisering. I så fall vil europeiske selskaper måtte forholde seg til doble standarder som vil kunne være utfordrende å gjennomføre i praksis. I tillegg risikerer man at det europeiske markedet blir mindre attraktivt.

Så vidt vi er kjent med er det heller ikke undersøkt hvilken betydning reguleringen av de underliggende materielle plikter vil få for kravet om tilknytning til den skadevoldende aktivitet. Det er nærliggende å se for seg at en samstemt regulering av de underliggende forpliktelser vil føre vurderingen av tilknytningskravet i erstatningsrettslig sammenheng nærmere hverandre på tross av ulike utgangspunkt.

¹² Om farer ved uttreden se også Paul Davis at Oxford Law Blog 5.4.2022 tilgjengelig på <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/ending-human-rights-abuses-which-companies-and-states-are-complicit> sist lastet ned 25.4.2022

Etter min mening gir forslaget betydelig skjønn til nasjonale domstoler som vil redusere erstatningsreglenes rolle i harmoniseringsøyemed. Artikkel 22 (4) fastslår at nasjonal rett skal gå foran direktivforpliktelsene hvis nasjonal rett gir grunnlag for ansvar i situasjoner som ikke er dekket av direktivet, eller gir grunnlag for strengere ansvar. Hvor stort skjønn statene innrømmes her er usikkert. Det er også uvisst om dette gir nasjonalstatene valgfrihet med tanke på ansvarsfriheten selskapene innrømmes i artikkel 22(2). Uttalelsene i fortalens avsnitt 62 tilsier at selskapene har en slik valgfrihet. Om det er tilfelle vil selskapene fortsatt måtte forholde seg til et fragmentert regelverk med ulike løsninger etter nasjonal rett.

2.4 Betydningen av vage og upresise formuleringer

Forslaget inneholder flere vage og upresise formuleringer. Dette gjelder særlig formuleringen «unreasonable» og «adequate» i forslagets artikkel 22(2). Formuleringene overlater mye skjønn til nasjonal rett og vil kunne medføre ulike tolkninger i de ulike land. Til en viss grad vil dette kunne avhjelpest av European Network of Supervisory Authorities jf. artikkel 21. Det er likevel usikkert hvordan organet vil fungere i praksis herunder hvor godt kjent og tilgjengelig praksis fra organet vil være for brukere. Det er også en risiko for at usikkerheten knyttet til kravets innhold vil kunne føre til et overdrevent fokus på regeletterlevelse på bekostning av reell forbedring av forhold i verdikjeden.

2.5 Forholdet til norsk erstatningsrett

Det er uklart hvilken betydning de foreslåtte erstatningsreglene vil få for norsk erstatningsrett. Åpenhetsloven har ikke egne regler om erstatning. I norsk erstatningsrett vil det dermed kunne tenkes ulike ansvarsgrunnlag i de saker som omfattes av direktivforslaget, avhengig av de konkrete forhold i den enkelte sak. I konsernforhold kan både aksjeloven § 17-1 og arbeidsgiveransvaret i skadeerstatningsloven § 2-1 tenkes å komme til anvendelse. For leverandørforholdene er nok skadeerstatningsloven § 2-1 det naturlige utgangspunktet. Felles for dem er at de gir rom for en bred helhetsvurdering hvor en rekke momenter vil kunne få betydning.

Uavhengig av hvilket ansvarsgrunnlag som er utgangspunkt vil tolkningen av aktsomhetskravet først og fremst knytte seg til (i) hvilke erstatningsbetingende handleplikter som kan oppstilles for det norske selskapet (ii) hvilken tilknytning selskapet har til den skadevoldende handling og (iii) risikoen for skade. Handleplikten må tolkes på bakgrunn av alminnelig juridisk metode, hvor blant annet åpenhetslovens regler vil kunne få betydning for innholdet i handleplikten for de selskaper som er omfattet av denne. Selskapets lovfestede forpliktelser i relasjon til menneskerettigheter i verdikjeden vil være en viktig tolkningsfaktor i aktsomhetsvurderingen etter norsk rett, men det er ikke nødvendigvis ett en-til-en-forhold mellom de lovfestede forpliktelsene og erstatningsansvarets rekkevidde. Den erstatningsrettslige aktsomhetsvurdering står på egne ben.

Selv om de grunnleggende trekkene ved den foreslåtte erstatningsregel er å finne i den norske erstatningsretten i dag vil nok forslaget skyve på grensene for handlefriheten. Innholdet i de erstatningssanksjonerte handlepliktene vil også være langt mer konkretiserte enn i dag som igjen kan innebære at ansvaret *oppfattes* strengere. Om ansvaret faktisk *er* strengere når man hensyntar ansvarsfriheten i artikkel 22(2) er likevel usikkert.

3. Styrets aktsomhetsplikt i forslagets artikkel 25

Direktivets artikkel 25 oppstiller visse aktsomhetsplikter for selskapets «directors»:

Nevnte «directors» skal, ved utførelsen av sine oppgaver, ta i betraktning konsekvensen beslutningen har for bærekraftshensyn, herunder menneskerettigheter, klima og miljø. Etter min oppfatning er det uklart hvilke plikter som kan utledes på bakgrunn av bestemmelsen. For det første er selve bærekraftsbegrepet så uklart at det er vanskelig å utlede konkrete plikter på bakgrunn av begrepet alene. Det er også uklart hva plikten til å *hensynta* innebærer – er det bare en vurderingsplikt, altså en saksbehandlingsregel, eller kreves det også at bærekraftshensynet tillegges en viss vekt? I fortalens avsnitt 63 uttales at bærekraft skal inngå *systematisk* i styrets beslutningsprosesser. Slik sett tyder mye på at bestemmelsen har karakter av en saksbehandlingsregel.

I motsetning retning taler det at brudd på plikten skal kunne danne grunnlag for sanksjoner på tilsvarende måte som andre brudd på styrets ansvarsoppgaver. Dette tilsier i alle fall isolert sett at det er tale om en materiell forpliktelse. Det fremstår i så fall uklart hvem som skal kunne påberope seg brudd på bestemmelsen som grunnlag for sanksjoner. Bestemmelsen bør etter min oppfatning presiseres ytterligere før endelig vedtakelse av direktivet.

Norsk rett har ikke noen bestemmelser som direkte tilsvarende direktivkravet i dag, selv om et visst krav til hensyntaken til bærekraft nok til dels kan innfortolkes i aksjelovene § 6-12s krav til forsvarlig organisering av virksomheten.