

07 julho 2022

Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade

Posição da CIP

As empresas portuguesas estão em total concordância com a necessidade de assegurar que as suas cadeias de abastecimento respeitam os objetivos da sustentabilidade, reconhecendo as vantagens de um quadro europeu harmonizado em matéria de dever de diligência, que deve garantir segurança jurídica, condições de concorrência equitativas e obrigações eficazes, exequíveis e proporcionais.

É por isso que a CIP tem vindo a acompanhar atentamente os desenvolvimentos nesta matéria e apresenta abaixo os principais aspetos que ressaltam como mais proeminentes para a indústria e empresas portuguesas. Este documento complementa o documento da BusinessEurope “[Corporate Sustainability Due Diligence proposal](#)”, de 21 maio 2022, que realça e descreve de forma bastante exaustiva e detalhada as preocupações que a referida proposta suscita à comunidade empresarial europeia pelos graves impactos que terá na atividade das empresas da UE e ao nível da sua competitividade.

Considerações preliminares

Não é despidendo enfatizar que as empresas europeias estão comprometidas com a transição para uma economia climática neutra, apoiam o esforço para a sustentabilidade global e o objetivo de garantir respeito dos direitos humanos e do ambiente.

Neste contexto, a CIP considera ser necessária uma abordagem geral que incentive e ajude as empresas europeias a contribuir para as cadeias de abastecimento mais sustentáveis. A devida diligência tem valor na identificação de problemas e riscos e pode contribuir para iniciar um processo de identificação de soluções. Para o efeito, as iniciativas europeias de devida diligência deverão ser de natureza facilitadora e educativa, e não punitiva e prescritiva.

É essencial continuar a ver as empresas na sua própria natureza – como criadoras de crescimento e emprego – de forma a não colocar em causa a prosperidade económica, que é uma componente essencial da sustentabilidade. Sem empresas competitivas não há riqueza, investimento, emprego nem receitas fiscais para financiar e apoiar o progresso da sustentabilidade. Um quadro de devida diligência irrealista e impraticável prejudicaria seriamente a atividade empresarial na Europa e a competitividade das empresas europeias colocando, conseqüentemente, em perigo todos os objetivos de sustentabilidade.

Cofinanciado por:

A proposta da Comissão Europeia cria obrigações legais de amplo alcance, amplia desproporcionalmente a responsabilidade civil e mistura, injustificadamente, a devida diligência com a governança corporativa, o que resultará na criação de um sistema ineficiente baseado em expectativas irreais em relação às empresas prejudicando seriamente sua competitividade.

De forma a concretizar os desígnios de sustentabilidade pretendidos é fundamental que o quadro legislativo garanta segurança jurídica, condições de concorrência equitativas e obrigações eficazes, exequíveis e proporcionais. O que a CIP entende não se encontrar salvaguardado nesta proposta da Comissão Europeia.

Comentários à proposta de diretiva

A CIP considera fundamental criar uma estrutura que:

1. Crie um quadro eficaz, viável e proporcional:

- i. **Incida apenas sobre a cadeia de abastecimento**, ao invés de incidir sobre toda a cadeia de valor, assim como apenas sobre as relações contratuais diretas. Em consonância com as leis nacionais mais ambiciosas da UE, as obrigações de devida diligência não devem ser alargadas a atividades a jusante, de clientes e utilizadores, e devem concentrar-se principalmente nos fornecedores diretos de primeiro nível.
- ii. **Reconsidere o conceito de setores de alto impacto**, sendo que o proposto abrange praticamente toda a economia.
- iii. **Alinhe a proposta com os standards e conceitos internacionais relativos às condutas empresariais responsáveis e devida diligência**, que distinguem claramente as responsabilidades empresarial de respeitar e a dos Estados de proteger. É essencial clarificar as obrigações de prevenção de efeitos negativos potenciais e de fazer cessar efeitos negativos reais, assim como a definição de medidas apropriadas para assegurar que o plano de ação de prevenção e as subsequentes ações de devida diligência a tomar pela empresa sejam proporcionais à importância e escala do impacto adverso e à contribuição da conduta da empresa para o impacto adverso potencial.
- iv. **Clarifique a possibilidade de cumprimento das obrigações ao nível do grupo**, conferindo aos grupos de empresas a flexibilidade para organizar a devida diligência e os relatórios respetivos de acordo com seu modelo de negócios, e dando a opção de implementar o plano ao nível do grupo, partilhar recursos, procedimentos e informações.
- v. **Não inclua o setor bancário e instituições financeiras**, sob pena de criar um efeito em cascata que desencadeará amplos efeitos indiretos.

2. Reconheça o real impacto económico da proposta, em especial nas PME que, apesar de serem excluídas do âmbito de aplicação direto, serão substancialmente afetadas, porquanto:

- i. O limiar estabelecido não determina quais empresas devem e as que não devem executar a devida diligência, uma vez que todas as empresas da cadeia de abastecimento acabam por ter de o fazer, ao invés, determina apenas quais empresas podem estar sujeitas a fiscalização administrativa e coimas.
- ii. As PMEs acabarão por ser afetadas e enfrentar grandes desafios, quer por serem fornecedores na cadeia de abastecimento quer por poderem estar sujeitas a coimas contratuais junto com seus parceiros comerciais de maior dimensão. Tendo em consideração a menor influência das PMEs nas cadeias de abastecimento pelos seus recursos limitados e menor poder de mercado será crucial evitar burocracia e encargos desnecessários.
- iii. Não corresponde à realidade o argumento que a proposta abrange apenas 1% das empresas da UE, porquanto 1% das empresas da UE não equivale 1% do volume de negócios total. No final, a proposta abrangerá praticamente todas as empresas da economia europeia e terá consequências de longo alcance na sua capacidade de competir num mercado internacional, i.g. prevê-se que as empresas de alguns dos setores abrangidos pelo âmbito de aplicação representem, em determinados Estados-Membros, até 70% do volume de negócios total desse setor.
- iv. É absolutamente essencial que se definam quais as obrigações declarativas a que estará obrigada uma PME inserida na cadeia de valor de uma empresa abrangida diretamente pela diretiva.

3. Confira clareza e certeza jurídicas:

- i. **Quanto às normas materiais a cumprir** não transferindo para as empresas obrigações criadas pelos e para os Estados, sendo que as previstas no Anexo, para o qual o normativo remete, para além de muito numerosas, correspondem maioritariamente a standards de governo para governo.
- ii. **Esclarecendo, reformulando, ou mesmo, eliminando determinados conceitos**, designadamente: “relação empresarial estabelecida”, “relação direta ou indireta”, “relação que é ou se prevê duradoura”, “impactos existentes e potenciais ao nível dos direitos humanos e do ambiente”, “pessoas e organizações/*stakeholders* para efeitos de apresentação de reclamações” e “cláusulas contratuais tipo”.

4. Reconheça que a governança corporativa não é adequada à legislação de devida diligência, e como inapropriadas:

- i. as disposições relativas aos planos de combate às alterações climáticas que devem ser tratados em outra sede e com uma base jurídica diferente;



- ii. e a interferência nos modelos de governo das sociedades dos Estados-Membros e nos direitos de propriedade dos acionistas, que colocam em causa a liberdade fundamental de empresa no que respeita a objetivos, planos de negócios específicos e gestão interna, incluindo remuneração dos diretores.

Realça-se a respeito da obrigação corporativa relativa às alterações climáticas (artigo 15º):

- O proposto irá interferir com as políticas climáticas e de sustentabilidade já existentes e em conceção, e levará a um quadro incoerente que, ao invés de ajudar, irá dificultar a transição verde. A UE já dispõe de um quadro regulamentar para regular as emissões de CO2 e dos requisitos para um plano de reporte (proposta de CSRD).
- É fundamental não esquecer que a proposta em causa é relativa à devida diligência, não relativa a medidas sobre as alterações climáticas, e que a referida disposição vai muito além da devida diligência convencional. Trata-se, em rigor, de uma medida de impacto ambiental que não é adequada num quadro de devida diligência, nem necessária para atingir os objetivos da presente proposta. Este aspeto foi claramente enfatizado pelos dois pareceres negativos emitidos pelo Órgão de Fiscalização Regulamentar/Regulatory Scrutiny Board (órgão de escrutínio da Comissão Europeia).
- São suscitadas questões de interferência nos modelos de governo das sociedades dos Estados-Membros e nos direitos de propriedade dos acionistas, acrescidas da pretensão de regular a remuneração dos administradores das sociedades abrangidas, o que viola claramente os princípios fundamentais do direito de propriedade e princípios de governança em empresas privadas. Note-se que a Diretiva relativa aos Direitos dos Acionistas já contém regras sobre remuneração em empresas cotadas.

Realça-se que a regulação dos deveres gerais dos diretores não pertence à regulação de uma estrutura sobre devida diligência (do artigo 25º).

A proposta mistura governança corporativa e devida diligência criando insegurança jurídica e violando o princípio da subsidiariedade, porquanto:

- Coloca em risco o importante papel do conselho de estabelecer o equilíbrio entre os diferentes elementos e interesses para efeitos da atuação corporativa;
- Sobrecarrega as gerais funções dos diretores com objetivos políticos não especificados e de todo o tipo, prejudicando a tomada de decisões das empresas, sendo desproporcional e resultando em insegurança jurídica sobre se e quando as decisões de gestão são lícitas ou ilícitas. A avaliação de impacto da proposta não forneceu justificação suficiente para esta disposição e considerou que este dever de diligência iria substituir – ao invés de complementar – o estipulado pelas leis nacionais sobre o dever de cuidado dos diretores.
- Acrescem sérias consequências negativas associadas a esta interferência indevida, tais como: aversão ao risco, dificuldade de tomada de decisão eficiente, aumento do tempo de trabalho dedicado aos litígios e custos respetivos ao invés de ao



desenvolvimento da atividade económica, risco de as decisões de gestão terem de aguardar as avaliações do ciclo de vida dos impactos ambientais, climáticos e sociais.

- Por último, a imposição de exigências excessivamente onerosas e imprecisas aos dirigentes de sociedades europeias teriam o efeito potencialmente prejudicial de desencorajar indivíduos inovadores e altamente qualificados a assumir cargos de direção das sociedades.

Realça-se relativamente aos deveres específicos dos diretores em relação à devida diligência (artigo 26º):

- Desnecessidade de regular também os deveres dos diretores em relação à devida diligência para além dos deveres de devida diligência da empresa (facto realçado pelo Órgão de Fiscalização Regulamentar, tendo em conta que quando a responsabilidade de uma sociedade em relação a algo se torna *hard law* (neste caso a devida diligência), esta passa automaticamente a fazer parte das funções gerais dos administradores nos termos do direito das sociedades existente nos Estados-Membros.
- Adicionalmente, são acrescentadas deveres incertos aos deveres dos diretores, que vão para além das obrigações de devida diligência, que poderão resultar dos contributos dados pelas partes interessadas e das organizações da sociedade civil, o que constitui uma ingerência inadequada e desnecessária na gestão interna das sociedades colocando em causa o direito de autodeterminação das empresas e dos direitos de propriedade dos acionistas.
- A questão é agravada pela definição demasiado ampla de partes interessadas, que leva a que qualquer pessoa possa ter uma palavra a dizer. Há que reter que as empresas são entidades privadas e não serviços públicos ou órgãos democraticamente eleitos.

5. Estabeleça mecanismos de execução equilibrados e sanções adequadas e proporcionais, sendo que o regime de responsabilidade civil proposto é complexo e desproporcionado.

Refira-se que a proposta: **i)** Confunde responsabilidade das empresas por atos próprios e responsabilidade por atos alheios. **ii)** Regulamenta a responsabilidade sem conferir segurança jurídica nem uma real harmonização. **iii)** Interfere injustificadamente com o direito internacional privado.

A introdução de regras de responsabilidade civil extensas, pouco claras e desproporcionadas criaria uma enorme incerteza e insegurança jurídicas e o risco de litígios excessivos para as empresas com cadeias de abastecimento complexas, porquanto:

- As empresas seriam responsáveis por danos não causados por suas próprias ações, não se excluindo totalmente a responsabilidade por danos causados por relações comerciais indiretas.



- Não se estipula de forma clara, e de acordo com as regras habituais da responsabilidade civil, quando é que esta responsabilidade deverá ser considerada, ou seja, quando: (i) a devida diligência não tiver sido devidamente realizada e (ii) se verificarem danos ocorridos enexo de causalidade suficiente.
- Para efeitos de avaliação da responsabilidade, a proposta parece indicar que a aplicação da legislação da UE seria alargada aos impactos ocorridos em operações em países terceiros, mesmo que o caso específico não fosse abrangido pela lei de responsabilidade civil de um Estado-Membro da UE, o que suscita questões de interferência com as regras do direito internacional privado, nomeadamente com o Regulamento Roma II.
- Neste contexto da responsabilidade civil, a definição de parte interessada/*stakeholders* da proposta revela-se especialmente problemática podendo expor as empresas a uma futura potencial reclamação ilegítima de terceiros responsabilizando-as por danos fora do seu controle.

6. Adeque a proposta aos princípios de melhor regulamentação sendo imperativo que as duas opiniões negativas do Órgão de Fiscalização Regulamentar da CE sejam levadas seriamente em consideração. Estes pareceres negativos versaram, maioritariamente, sobre a vertente de governo societário da proposta considerando-a como não conforme com os princípios de melhor regulação. A apreciação do cumprimento destes princípios é uma salvaguarda crucial para garantir que as propostas da UE sejam baseadas em evidências e suficientemente fundamentadas no que respeita: i) à necessidade da intervenção proposta, ii) suas consequências, iii) sua proporcionalidade e, iv) o respeito pelo princípio da subsidiariedade.

Sublinhe-se que se constatou uma opinião generalizada nos meios académicos, Estados-Membros e na indústria no sentido de que a intervenção nos modelos nacionais de governo das sociedades não é necessária, proporcional nem adequada para atingir o objetivo de promover a sustentabilidade empresarial.

7. Delimite e racionalize o poder das autoridades de supervisão às obrigações de diligência. A proposta prevê amplos poderes para as autoridades que, conjugados com a ausência de requisitos de legitimidade das reclamações e com a falta de mecanismos de filtragem precoce de reclamações frívolas, poderá resultar numa situação pouco consentânea com um Estado de direito, porquanto:

- i. Os poderes de investigação destas autoridades vão além dos poderes das autoridades nacionais clássicas em determinadas áreas muito específicas em termos de regulamentação (i.g. proteção ao consumidor).
- ii. Não se prevê o direito de recurso para as empresas visadas.
- iii. Não se indica que as competências das novas autoridades a nomear se limitam às atividades que tenham ligação com a União Europeia.
- iv. Possibilita-se a apresentação às autoridades de preocupações fundamentadas respeitantes a todas as infrações à diretiva, e não apenas as respeitantes às obrigações de devida diligência, ao plano climático e às metas de redução de carbono.



8. Garanta condições equitativas harmonizando disposições “chave” evitando discrepâncias em resultado das diferentes transposições da legislação pelos Estados-Membros, de forma a prevenir a fragmentação do mercado interno e a impor obrigações iguais às empresas não UE.

9. Facilite uma mudança para uma abordagem educativa orientada para o empenhamento e a aprendizagem. É fundamental respeitar a natureza das empresas – enquanto criadoras de crescimento e emprego – para não pôr em causa a prosperidade que é essencial para financiar e apoiar as políticas de sustentabilidade.

Neste contexto, considera-se essencial:

- i. Esclarecimento sobre o alcance e natureza das medidas de acompanhamento, que as diretrizes sejam desenvolvidas em consulta com as empresas e que a tarefa de reunir informações sobre a situação global dos direitos humanos não seja atribuída e estas.
- ii. Que os programas de apoio às PME, apoiados por fundos públicos, sejam implementados atempadamente e concebidos de forma que permita um acesso fácil.
- iii. O reconhecimento dos esquemas setoriais.
- iv. Possibilitar a criação de uma presunção de conformidade com as principais obrigações previstas na diretiva quando as empresas implementem esquemas industriais ou outras iniciativas equivalentes ou mais rigorosas que as exigidas pela diretiva.
- v. Que a Comissão tenha um papel mais proeminente na concessão de informações sobre as cadeias de abastecimento atuando como ponto de informação autorizado.
- vi. Garantir que a desvinculação seja, efetivamente, uma ação de último recurso e reconsiderar o uso de cláusulas legalmente impostas para efeitos de “rescisão de contrato”.