

RocaJunyent Informa

Departament ESG i Sostenibilitat Corporativa

7 de decembre de 2023



Anàlisi de la proposta de Directiva Europea sobre Diligència Deguda de les empreses en matèria de sostenibilitat

El passat 9 de juny vam publicar en el nostre blog una alerta informativa després de l'aprovació del Parlament Europeu de les esmenes presentades a la proposta de Directiva de Diligència Deguda de les empreses, la "CSDD" (també coneguda com "CS3D" o "CSDDD") en matèria de sostenibilitat realitzada per la Comissió Europea al febrer de 2022 que va donar lloc al començament de negociacions "tripartides".

Amb el començament de la fase de diàlegs a tres s'espera donar resposta a les incerteses que subsisteixen i que el text definitiu pugui contribuir eficaçment a protegir els drets humans, amb el focus en el treball infantil i l'explotació dels treballadors, i el medi ambient, la contaminació i la pèrdua de biodiversitat.

rocajunyent.com

RocaJunyent

Esta Alerta tiene un objetivo meramente informativo y no supone asesoramiento jurídico de ningún tipo.

A continuació, analitzarem alguns dels punts més rellevants de la proposta:

I. Àmbit d'aplicació

La proposta es dirigeix tant a les empreses de la UE com a les empreses no europees que operen a la UE, la qual cosa contribuiria a igualar les condicions de competència. No obstant això, els tres organismes exclouen a les petites i mitjanes empreses i es neguen a considerar explícitament al sector financer com un sector d'alt impacte, contràriament a les orientacions de l'OCDE. Això és, només s'aplicaria a les empreses molt grans que aconseguixin llindars elevats d'empleats i volum de negocis.

Aquest estret àmbit d'aplicació no s'ajusta a les normes de l'ONU i l'OCDE, que s'apliquen de manera proporcional a totes les empreses, i no té en compte el principi de subsidiarietat això és, no reconeix que totes les empreses poden danyar els drets humans i el medi ambient.

Fins i tot en la llista, clarament insuficient, de sectors reconeguts per la Comissió com d'alt impacte, només les grans empreses tindrien obligacions de diligència deguda sota aquesta proposta, la qual cosa ha obert un gran debat.

El Consell proposa excloure el sector financer de l'àmbit d'aplicació de la Directiva, posició que ha rebut l'aprovació dels Estats membres. No obstant això, planteja la inclusió d'una clàusula de revisió, la qual cosa implica que el sector financer podria veure's afectat en el futur. A més, proposa ajustos addicionals relacionats amb l'accés a la justícia de les víctimes d'efectes adversos causats per les empreses, l'obligació de posar en marxa un pla de transició climàtica i vincular-lo a la remuneració dels executius, etc.

II. Abast material

La proposta inclou una llista incompleta de violacions de drets humans al costat d'una clàusula general referent a instruments de l'ONU i la OIT. No obstant això, el més preocupant és l'escassa definició d'impactes mediambientals que es redueix a una llista notablement insuficient de violacions de les normes mediambientals. Tampoc hi ha cap referència a principis generals del dret mediambiental com la prevenció, precaució, principis de rectificació en la font i de "qui contamina paga" que les empreses haurien de respectar.

III. Definició del concepte "cadena de valor"

La Comissió preveia l'establiment d'obligacions de diligència deguda en tota la cadena de valor, però només pel que fa a les denominades "relacions comercials establertes". Així doncs, les relacions comercials que no siguin (o que no s'espera que siguin)

duradores, en vista de la seva intensitat o durada, quedarien fora de l'àmbit d'aplicació. Aquest enfocament podria encoratjar a les empreses a recórrer a contractació precària i a relacions informals per a eludir la Directiva.

No queda clar com és la durada mínima d'una relació comercial per a ser considerada "establerta". És essencial que l'àmbit de la cadena de valor abasti clarament els estrats menys estables de treball, inclosos els sistemes de treball semiformals e informals, així com la subcontractació no oficial i el treball a domicili.

El Parlament i el Consell, no obstant això, han adoptat una perspectiva diferent a la de la Comissió, proposant l'expansió de les obligacions de diligència deguda més enllà de les relacions comercials establertes. No obstant això, en delinear les activitats que requereixen diligència deguda al llarg de la cadena de valor, tots dos organismes busquen evitar una expansió il·limitada d'aquestes obligacions. Totes dues institucions mantenen la responsabilitat de les empreses respecte a les seves pròpies activitats, les de les seves filials i en tota la seva cadena de valor. No obstant això, restringeixen les activitats compreses en la cadena de valor, les quals abasten la producció, disseny, proveïment i fabricació d'un producte o servei, així com la seva distribució, transport, emmagatzematge i gestió de residus. Encara que algunes d'aquestes operacions estan vinculades a les fases posteriors de la cadena de valor, aquesta limitació persisteix en les posicions de totes dues institucions.

IV. Responsabilitat Civil

La CSDD estableix la responsabilitat civil per incompliment de la diligència deguda, encara que no delimita l'abast i condicions per a aquesta responsabilitat.

En establir obligacions de diligència deguda en el tracte amb les filials i els socis comercials i la responsabilitat per l'incompliment d'aquestes obligacions, la CSDD estén funcionalment la responsabilitat civil a les operacions de l'empresa dins del grup i al llarg de la cadena de valor. L'eficàcia d'aquest enfocament depèn de l'abast de la diligència deguda. La Comissió Europea, el Consell i el Parlament han adoptat enfocaments diferents que reflecteixen les diferents sensibilitats davant els problemes de les empreses a l'hora de supervisar les seves filials i cadenes de valor.

La principal qüestió en la responsabilitat per diligència deguda se centra en l'abast dels grups empresarials. Una empresa matriu podria evadir responsabilitat per violacions ambientals o de drets humans en operar a través d'empreses controlades que no compleixen els requisits per a ser considerades filials segons la CSDD. Una altra possibilitat és que una empresa matriu extracomunitària operi a la UE a través de filials que no entren en la definició de la Directiva. La proposta de la Comissió Europea permetia totes dues estratègies en definir els grups empresarials de manera conservadora basada en la Directiva sobre Transparència, utilitzant la noció vaga de

"influència dominant" per a establir el control de les filials. A més, no es van establir llindars de volum de negocis per a determinar la inclusió en l'àmbit d'aplicació. El Parlament Europeu va introduir dues innovacions: les filials controlades indirectament s'inclouen en el grup de l'empresa matriu última, i, una empresa es considera inclosa en l'àmbit d'aplicació si és la matriu última d'un grup amb un volum de negocis mundial superior a 150 milions d'euros (dels quals 40 milions corresponen a la UE). Aquest volum de negocis no sols es consolida, sinó que també inclou el volum de negocis generat per tercers amb els quals qualsevol membre del grup tingui un acord vertical a canvi de cànons.

Un segon aspecte clau de l'àmbit d'aplicació de la proposta són els socis comercials que desencadenen obligacions de diligència deguda i, potencialment, una responsabilitat en la cadena de valor. Incloure als socis indirectes podria ser problemàtic perquè una empresa pot ser responsable dels danys als drets humans i al medi ambient que es produeixin a distància, tant geogràficament com en termes contractuals. D'una banda, les empreses poden objectar que la seva capacitat per a supervisar als socis indirectes i evitar que causin danys és limitada. D'altra banda, les empreses poden subcontractar estratègicament les activitats més perilloses a socis indirectes per a minimitzar l'exposició a la responsabilitat.

La proposta de Directiva contempla un règim de responsabilitat civil basat en la culpa, sense considerar les disparitats entre empreses i individus. La Comissió Europea va incloure als socis indirectes en l'àmbit d'aplicació de la Directiva, però només si formaven part de "relacions comercials establertes".

El compromís polític del Consell va descartar per complet aquest enfocament, però també va limitar l'abast de la responsabilitat de dues maneres importants. Una era excloure als socis indirectes de la diligència deguda, establint una responsabilitat de la cadena de subministrament en lloc d'una responsabilitat de la cadena de valor. En segon lloc, la responsabilitat només podia imposar-se en cas de dol o negligència per part de l'empresa i si el soci comercial no era l'únic causant del mal. Igual que la Comissió, el Consell va deixar la qüestió de la càrrega de la prova en mans dels Estats membres, qüestió d'especial complexitat i que podria fer ineficaç la responsabilitat.

La versió del Parlament Europeu difereix considerablement quant a l'abast i les condicions de responsabilitat. L'àmbit d'aplicació de la diligència deguda inclou tota la cadena de valor, inclosos els socis indirectes. Atès que l'abast de la diligència deguda ja no es limita a les "relacions comercials establertes", el Parlament va limitar l'abast de les obligacions de diligència deguda, fent-les basades en el concepte de risc. És a dir, s'espera que les empreses evitin o mitiguin els possibles efectes adversos sobre els drets humans i el medi ambient en la mesura en què aquests siguin "probables" i "greus". A més, tenint en compte els seus escassos recursos en comparació amb les cadenes de valor potencialment llargues, les empreses poden prioritzar els impactes adversos basant-se en aquests criteris. Encara que el Parlament ha reforçat la

rocajunyent.com

RocaJunyent

Esta Alerta tiene un objetivo meramente informativo y no supone asesoramiento jurídico de ningún tipo.

definició de probabilitat i gravetat, aquests criteris continuen sent vagues i podrien permetre a les empreses eludir la seva responsabilitat.

El Parlament va adoptar una posició més estricta en termes de responsabilitat que el Consell. L'article 22 estableix la responsabilitat per danys i perjudicis si l'empresa va contribuir a impactes adversos en drets humans o medi ambient per no adoptar les mesures adequades de diligència deguda. La noció de "contribució a un impacte advers" difereix significativament de la posició del Consell, eliminant la defensa de causalitat exclusiva i considerant que l'empresa podia haver causat, facilitat o incentivat l'impacte advers. Aquest enfocament podria abordar l'externalització estratègica d'activitats perilloses. No obstant això, pot ser problemàtic si els demandants han de demostrar no sols la insuficiència de la diligència deguda, sinó també que els procediments de l'empresa "encoratgen o motiven un impacte advers per part d'una altra entitat", ja que les víctimes i els seus representants poden no tenir coneixement d'aquests procediments.

Per això, el Parlament també ha abordat la càrrega de la prova animant en certa manera als Estats membres (en sostenir la matèria a la competència de la UE) a invertir la càrrega de la prova.

En segon lloc, en una esmena a l'art. 22 de la CSDD, el Parlament va demanar als Estats membres que permetessin als tribunals nacionals ordenar la divulgació de proves addicionals sota el control de l'empresa si el demandant "aporta elements que justifiquin la probabilitat de la responsabilitat d'una empresa" en virtut de la Directiva.

V. El alcance de las sanciones penales por incumplimiento

Segons les propostes de la Comissió, que s'ajusten a la pràctica tradicional referent a això, els Estats membres designarien autoritats supervisores que determinarien les sancions coercitives. És a dir, els Estats membres de la UE conserven una discrecionalitat considerable quant a l'aplicació de la Directiva, juntament amb l'obligació de crear un organisme regulador de supervisió nacional per a fer-la complir.

La proposta del Parlament ampliaria l'abast de les sancions per a preveure declaracions públiques de censura contra les empreses i la suspensió dels seus productes dels drets normals de lliure circulació en el mercat únic i d'exportació. El Parlament també proposa que el límit màxim de les sancions monetàries no sigui inferior al 5% del volum de negocis global de l'empresa en qüestió en l'exercici financer anterior a la decisió d'imposar aquesta sanció. També proposa que les empreses de tercers països (és a dir, les establertes fora de la UE/EEE) puguin ser excloses dels processos de contractació pública si incompleixen la Directiva.

En definitiva, no són pocs els aspectes controvertits que han d'afrontar-se en aquesta fase de diàlegs a tres. La resolució encertada d'aquests aspectes és crucial per a la

consecució de la fi que persegueix la CSDD que es defineixin correctament els abastos i que s'aconsegueixi harmonitzar de manera completa per a evitar la fragmentació del mercat únic de la UE i garantir un camp de joc equilibrat. Aquesta és una preocupació sostinguda per a la Unió Europea i per als països membres. Alguns països ja han avançat internament com és el cas de França, legislant per primera vegada sobre la diligència deguda en 2017 (Loi sur le devoir de vigilance) o Alemanya, que va aprovar la seva llei sobre la diligència deguda al juliol de 2021 (Sorgfaltspflichtengesetz). A Espanya també existeix un avantprojecte de la protecció dels drets humans, la sostenibilitat i la deguda diligència en les activitats empresarials transnacionals. Encara que s'observa un progrés gradual en aquest sentit, existeixen unes certes deficiències que han d'abordar-se per a aconseguir una aplicació correcta i eficaç, i la CSDD ha de ser capaç de fer front a aquest repte.

Existeix un consens general que la Directiva es podria aprovar-se definitivament al llarg de 2024 donat l'ampli suport públic i la Declaració Conjunta de Prioritats Legislatives de 2022 del Parlament Europeu i el Consell.