

Sustentabilidade Empresarial, Direitos Humanos e Ambiente



Coordenação:
Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins

Editor:
Instituto Jurídico da
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

1 2 9 0

INSTITUTO IVRIDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

fct

Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

RSE CSR RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS
CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

I
j

Ficha Técnica

TÍTULO

Sustentabilidade empresarial, direitos humanos e ambiente – Antes e para lá da diretiva anunciada
(Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade)

COORDENAÇÃO:

Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
geral@ij.uc.pt • www.uc.pt/fduc/ij
Colégio da Trindade • 3000-018 Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Pedro Bandeira

CAPA

Dalldesign

ISBN: 978-989-9075-78-8

e-ISBN: 978-989-9075-79-5

DOI: 10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/livro

Fevereiro 2025

A publicação do presente trabalho inscreve-se nas atividades do IJ/UCILeR (Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), no contexto do projeto estratégico UID 04643 - Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (financiado pela FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia).

Sustentabilidade empresarial, direitos humanos e ambiente
– Antes e para lá da diretiva anunciada
(Dever de diligência das empresas
em matéria de sustentabilidade)

Coordenação:
Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins



INSTITUTO IURIDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Índice

NOTA PRÉVIA	9
Jorge Coutinho de Abreu, Ricardo Costa e Maria Inês de Oliveira Martins	
APRESENTAÇÃO	
<i>Percursos para a Sustentabilidade Empresarial</i>	13
J. M. Coutinho de Abreu	
CONFERÊNCIA DE ABERTURA	
<i>From Sustainability in Law to Sustainability Law</i>	19
Beate Sjåfjell	
ANTES DA DIRETIVA E SOBRE A PROPOSTA DE DIRETIVA	
<i>Article 29 (1) CSDDD – A Farewell to the Independent Contractor Rule</i>	39
Hannes Wais	
<i>Civil Liability for Harm Caused by Business Partners in the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence.....</i>	47
Maria Inês de Oliveira Martins	
<i>A participação dos Trabalhadores em Sistemas de Proteção de Direitos Humanos Baseados no Dever de Diligência – O Caso da Proposta de Directiva</i>	63
Joana Nunes Vicente	
<i>Incumprimento e Apoios Públicos.....</i>	79
Patrice Reis	
PARA LÁ DA DIRETIVA	
<i>Responsabilidad Social Corporativa y Actuación de los Administradores de Sociedades.....</i>	93
José Miguel Embid Irujo	
<i>Há Espaço para Sustentabilidade nas Pequenas e Médias Empresas?</i>	115
Alessio Bartolacelli	
<i>Desafios e Oportunidades para a Adoção de Novas Práticas de Sustentabilidade no Contexto Nacional</i>	149
Miguel Pinto	
<i>Práticas e Padrões de Sustentabilidade: Que Futuro?.....</i>	157
Alexandra Courela	

CALL FOR PAPERS

A Anticorrupção na Diretiva do Dever de Diligência da Sustentabilidade Empresarial.....173
Niedja Santos

*A Positivação das Normas de Responsabilidade Social das Empresas em Instrumento
Internacionalmente Vinculativo no Âmbito da Organização das Nações Unidas195*
Roberta Mourão Donato

*Da Diretiva Europeia sobre Dever de Diligência das Empresas: Efeito Bruxelas
e os Guarani-Kaiowás da Região de Dourados-MS.....211*
Ana Flávia Trevizan e Leonardo Ferreira Mendes

*A Diretiva Sobre Sustentabilidade Empresarial e o Dever de Diligência: Hard Law e
Soft Law na Agenda Ambiental e o Caso da Soja Brasileira Exportada para a UE.....225*
Maria Isabel Leite Silva de Lima

COMENTÁRIO FINAL.....241
Alexandre de Soveral Martins

INCUMPRIMENTO E APOIOS PÚBLICOS

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/06

Patrice Reis*

Resumo: A diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade impõe obrigações as empresas em matéria de *efeitos negativos* potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações da cadeia de valor realizadas por entidades com as quais a empresa tenha uma relação empresarial. A diretiva tem em conta o risco de incumprimento por parte das entidades sujeitas as ditas obrigações, prevendo aqui multas, medidas provisórias, a própria responsabilidade civil com a intervenção de um terceiro imparcial aqui o juiz e uma nova autoridade de supervisão a criar em todos os Estados membros. As medidas impostas em caso de incumprimento podem afetar o acesso a certos mercados dessas entidades como é o caso na própria contratação pública e no acesso a apoios públicos.

Palavras-chave: dever de diligência; direito europeu; responsabilidade empresarial; incumprimento; sanções; medidas cautelares; autoridade de regulação; responsabilidade civil; danos; contratação pública; critérios sociais e ambientais; acesso ao mercado; apoios públicos; exemplaridade; segurança jurídica.

Abstract: The Directive on Corporate Sustainability Due Diligence imposes obligations on companies about potential or actual negative effects on human rights and the environment in their own operations, the operations of their subsidiaries and operations in the value chain carried out by entities with which the company has a business relationship. The directive considers the risk of non-compliance on the part of the entities subject to these obligations, providing for fines, provisional measures, civil liability itself with the intervention of an impartial third party here the judge and a new supervisory authority to be set up in all member states. The measures imposed in the event of non-compliance may affect access to certain markets, such as public procurement and access to public support.

Keywords: Due diligence; european law; corporate responsibility; non-compliance; sanctions; precautionary measures; regulatory authority; civil liability; damages; public procurement; social and environmental criteria; market access; public support; exemplarity; legal certainty.

O comportamento das empresas em todos os setores da economia é fundamental para que a União Europeia seja bem-sucedida na transição para uma economia verde e no cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas¹, nomeadamente no que diz

* Professor de Direito da Faculdade de Direito de Nice, Universidade Côte d'Azur (UCA). Laboratório GREDEG UMR 7321 CNRS/UCA.

¹ A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada por todos os Estados-Membros das Nações Unidas em 2015, define as prioridades e aspirações do desenvolvimento sustentável global para 2030 e procura mobilizar esforços globais à volta de um conjunto de objetivos e metas comuns. São 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que representam um apelo urgente à ação de todos os países para uma

respeito aos objetivos relacionados com os direitos humanos e o ambiente. A diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, a ***Corporate Sustainability Due Diligence Directive*** de 13 de junho de 2024², inspirado pela lei francesa de 27 de março de 2017³ e pela lei alemã de 16 de julho de 2021⁴, vem consagrar para certas empresas (1% das empresas da União europeia) várias obrigações relativas ao dever de diligência nas cadeias de valor (*supply chains*)⁵. Aliás, existe uma certa convergência europeia com regras já adotadas ou em debate em certos países da União europeia, para além da França e da Alemanha (Países-Baixos com a lei de 13 de novembro de 2019, as propostas na Dinamarca, Espanha, Bélgica...), e até fora da União, como é o caso da lei de 10 de junho de 2021 na Noruega (*ApenbestsLoven*) relativa ao dever de diligência das empresas.

A diretiva impõe obrigações as empresas em matéria de *efeitos negativos* potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações da cadeia de valor realizadas por entidades com as quais a empresa tenha *uma relação empresarial*⁶. Na medida em que as empresas europeias receavam o risco de desvantagens competitivas em relação às empresas de países terceiros que não têm os mesmos deveres, as regras em matéria de dever de diligência também devem aplicar-se às empresas de países terceiros que não estejam estabelecidas na UE, mas que desenvolvam atividades de determinada envergadura na UE. O incumprimento das regras que vão ser estabele-

parceria global, ver <https://unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/>. G.-H. BRUNDTLAND, *Our Common Future*, Montréal, Canada : éd. Le Fleuve, 1988.

² Diretiva 2024/1760 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de junho de 2024 relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, e o Regulamento (UE) 2023/2859, JOUE 5 de julho de 2024; ver também o projeto de *diretiva Corporate Sustainability Due Diligence CSDD: Doc. COM (2022) 71 final, 23/2/2022 – 2022/0051 (COD)*; Pierre-Henri CONAC, «La gouvernance durable des entreprises selon l'UE : un modèle européen avec des ambitions mondiales réalistes?», *RED*, 4/1 (2022) 129-137.

³ Lei n.º 2017-399, 27 de março de 2017, JO 28 março 2017, texto 1; Sophie SCHILLER, «Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre», *JCP E*, 15/étude 1193 (2017) 19-27.

⁴ *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten; Bundesgesetzblatt* (Jornal da República), 2021, Section I, 2959 et S; Sandie CALME, «La nouvelle loi allemande sur les obligations de vigilance des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement», *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 55/1 (2023) 239-242.

⁵ Projeto de tratado apresentado na ONU relativo ao dever de diligência nas cadeias comerciais internacionais (www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty/), third revised draft, agosto de 2021 e alterado em julho 2023.

⁶ A relação empresarial estabelecida é uma relação comercial direta ou indireta que se prevê duradoura, dada a sua intensidade ou duração, e que não constitui uma parte insignificante ou meramente acessória da cadeia de valor. Esta definição será fundamental em termos de interpretação porque vai estabelecer as condições relativas a aplicação o não da própria diretiva, basta aqui para uma empresa abrangida pelo a diretiva utilizar mecanismos de concursos privados para escolher de maneira habitual os seus parceiros económicos na cadeia de valores para não haver uma qualquer relação empresarial estabelecida.

cidas tem de ter as mesmas consequências em termos de responsabilidade em caso de incumprimento para todas as empresas abrangidas.

O projeto de diretiva apresentado pela comissão europeia no 23 de fevereiro de 2022 foi objeto de alterações com a posição do conselho europeu do 20 de novembro de 2022 e votado pelo parlamento europeu no dia 1 junho de 2023, o texto definitivo da diretiva adotado no 13 de junho de 2024 só entrara em vigor para aplicação após transposição pelos Estados-Membros até ao 26 de julho de 2026.

Portanto aqui, não basta impor obrigações através uma diretiva para que estas sejam respeitadas, é preciso ter em conta o risco de incumprimento e poder acionar a responsabilidade da entidade em causa (**I**) Aqui evidentemente o jurista vai pensar em medidas, sanções que possam ser impostas a empresa que esteja em incumprimento, multas, medidas provisórias, responsabilidade civil com a intervenção de um terceiro imparcial em regra geral o juiz ou uma autoridade de supervisão. As medidas impostas em caso de incumprimento podem afetar o apoio públicos e também a própria contratação pública e concessões públicas⁷ (**II**).

I) Incumprimento e a responsabilidade empresarial

O incumprimento das obrigações de diligência é punível, quer com responsabilidade civil da empresa, quer com sanções ou as medidas administrativas impostas por uma autoridade nacional de controlo com poderes para efetuar investigações documentais e no local. Caberá, portanto, a esta autoridade, que terá de dispor em virtude da diretiva de amplos poderes e de um mandato específico, controlar o respeito das obrigações relativas à elaboração e ao conteúdo do plano de diligência. A criação desta nova autoridade administrativa independente a autoridade de regulação corresponde bem ao chamado modelo alemão previsto na lei alemã de 2021⁸ (**A**), sendo os tribunais judiciais chamados sobretudo a reparar os danos sofridos com o mecanismo clássico da responsabilidade civil da empresa, mecanismo que corresponde ao modelo francês de 2017⁹ (**B**).

⁷ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, JOUE 28/3/2014, L94/65, Diretiva 2014/25 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, L94/243.

⁸ *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten*, Section I, 2959 et S; Sandie CALME, « La nouvelle loi allemande sur les obligations de vigilance des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement », 239-242.

⁹ Lei n.º 2017-399; Sophie SCHILLER, «Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre», 19-27; Charlotte MICHON, «Le futur du devoir de vigilance? Regards sur le projet européen et l'évaluation de la loi française» *Rev. int. Compliance*, 2 (2022), comm. 87; Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, «Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique: quel rôle préventif pour le juge?» *Recueil Dalloz* 11 (2020), 609-611; Horatia MUIR-WATT, «Devoir de vigilance et droit international privé, Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017», *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires – International Review of Compliance and Business Ethics*, 4 (2017) 48-53, 51; Olivera BOSKOVIC, «Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé» *Recueil Dalloz*, 7 (2016), 385-388; Sandra COSSART /Tiphaine Beau de LOMÉNIE / Antoine LUBRANI, «Extension du

A) Incumprimento e autoridade nacional de supervisão

O incumprimento pressupõe medidas e sanções e uma autoridade que tenha o poder de adotar as ditas medidas e sanções, o modelo aqui adotado pela diretiva é o da lei alemã de 16 de julho de 2021 que regula os deveres de diligência das empresas nas cadeias de abastecimento, inspirada na lei francesa de 27 de março de 2017, mas diferindo desta neste ponto. A lei alemã não prevê a responsabilidade civil nem uma qualquer competência para uma jurisdição judicial, mas bem um sistema de medidas e sanções pecuniárias confiadas ao Serviço Federal de Economia e Controlo das Exportações. A diretiva impõe a criação em cada Estado Membro de uma autoridade supervisora competente para a aplicação da diretiva relativa ao dever de diligência (1) esta autoridade terá poderes relativos a implementação de medidas, obrigações diversas e a imposição de sanções (2).

1) Uma nova autoridade supervisora

A diretiva impõe aos estados-membros de criar uma autoridade administrativa independente: uma nova autoridade de regulação que terá um papel de supervisor. Os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades de supervisão dispõem dos poderes e recursos adequados para desempenhar as funções conferidas pela diretiva proposta. Esta autoridade terá evidentemente uma missão de apoio às empresas, mas também poderá investigar e ordenar medidas para corrigir ou pôr termo a uma infração, impor sanções e receber relatórios de pessoas singulares ou coletivas.

A dita autoridade de supervisão pode dar início a uma investigação por sua própria iniciativa ou na sequência de preocupações fundamentadas que lhe tenham sido comunicadas por pessoas singulares ou pessoas coletivas, se considerar que dispõe de informações suficientes que indiciam um eventual incumprimento. Para tal efeito as autoridades de supervisão estabeleçam canais de fácil acesso para a receção das preocupações. Os procedimentos para a apresentação de preocupações fundamentadas devem ser justos, equitativos, atempados e gratuitos. A investigação pode ter por fundamento uma denúncia de violações por parte de um denunciante como por exemplo um trabalhador da empresa. Alias a Diretiva 2019/1937 do 23 de outubro de 2019 relativa a proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União¹⁰ aplica-se à

domaine de la vigilance : la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance» *RJSP*, 16 (2019) 88-94; Emmanuel DAOUD / Solene SFOGGIA, «Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance», *RJSP*, 16 (2019), 95-101.

¹⁰ Diretiva europeia 2019/1937 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DO 23 DE OUTUBRO DE 2019 RELATIVA À PROTEÇÃO DAS PESSOAS QUE DENUNCIAM VIOLAÇÕES DO DIREITO DA UNIÃO, JOUE n.º L305, 29 novembro 2019, 17-56, LEI PORTUGUESA 93/2021, do 20 de dezembro de 2021, de transposição da diretiva europeia, Diário da República, 20 de dezembro de 2021, n.º 244, 3-15; LEI FRANCESA DO 21 DE MARÇO DE 2022, de transposição da diretiva europeia; Florence CHALTIEL, «A la recherche d'un statut européen des lanceurs d'alerte», *Revue de l'Union Européenne*, 627 (2019) 201-202; Pauline DUFFOURQ, «Protection des lanceurs d'alerte et rôle du défenseur des droits: les enseignements de la loi du 21 mars 2022», *Dalloz actualités*, 233 (6/4/2022).

denúncia de todas as violações da diretiva relativa ao dever de diligência¹¹ e claro a própria proteção das pessoas que as denunciam. O denunciante é necessário para a assegurar a eficácia, a eficiência da regra, da norma jurídica porque vai aqui de uma certa maneira cumprir uma missão ao serviço do interesse geral o que justifica uma proteção particular contra qualquer tipo de retaliação.

Esta proposta de criação de uma nova autoridade de supervisão é algo de novo até para um país como a França que apesar de ter sido uns dos primeiros no mundo a criar o dever de diligência, utiliza simplesmente os tribunais judiciais e o mecanismo clássico da responsabilidade civil com a reparação integral do prejuízo sofrido, mediante a concessão de uma indemnização proporcionado ao dito prejuízo, não havendo, portanto, indemnizações punitivas como nos Estados Unidos com a common law¹². Portanto as sanções previstas no âmbito da proposta de diretiva são também mais amplas do que as do direito francês porque não se limitam a responsabilidade civil. A inspiração é aqui a lei alemã de 16 de julho de 2021¹³ com um sistema de medidas e sanções pecuniárias de natureza administrativa.

2) Sanções e medidas

O artigo 27 da diretiva indica claramente que as sanções previstas devem ser *efetivas, proporcionadas e dissuasivas*. Isto significa que os próprios estados-membros da União vão ter de definir as regras relativas às sanções aplicáveis para garantir uma aplicação efetiva da diretiva. Para tal efeito a diretiva exige que as autoridades de supervisão que vão ser designadas pelos poderes públicos nacionais tem de dispor, pelo menos, dos seguintes poderes:

Em primeiro lugar, a autoridade poderá adotar medidas provisórias para evitar o risco de danos graves e irreparáveis¹⁴, estas medidas não são evidentemente sanções, mas medidas provisórias o cautelares que só podem ser outorgadas pela dita autoridade em caso de urgência, urgência que terá de ser comprovada pela pessoa individual ou coletiva que intenta ações perante a autoridade de supervisão.

Em segundo lugar, a autoridade poderá ordenar a cessação das infrações às regras da diretiva, ordenar a proibição da repetição da conduta em causa e, se for caso disso, ordenar medidas corretivas proporcionais à violação e necessárias para pôr termo à mesma. A adoção destas medidas corretivas previstas pelo o artigo 25 da diretiva não impede a que se imponham outras sanções administrativas pela própria autoridade tal como previsto pelo o artigo 27 da dita

¹¹ Artigo 30 da Diretiva 2024/1760, de 13 de junho de 2024, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade.

¹² Cedric VANLEENHOVE, *Punitive damages in Private international Law: Lessons for the European Union*, 1st édition, Bruxelles: Intersentia, 2016; Stefania BARIATTI / Luigi FUMAGALLI / Zeno Crespi REGHIZZI, *Punitive damages and private international law: state of the arts and future developments*, Milano: CEDAM, 2019.

¹³ Lei que entrou em vigor no 1 de janeiro de 2023.

¹⁴ Artigo 25 da Diretiva 2024/1760.

diretiva ou que se acione a responsabilidade civil perante os tribunais em caso de danos com base no artigo 29 da diretiva.

Em terceiro lugar, a autoridade poderá impor sanções pecuniárias. Este terceiro tipo de medidas será muito provavelmente as sanções as mais interessantes de um ponto visto prático porque as sanções pecuniárias administrativas que devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas, serão calculadas tendo em conta o volume líquido de negócios consolidado declarado por essa empresa. A referência ao volume de negócios consolidado foi integrada pela o parlamento europeu em junho de 2023 para o texto da diretiva poder realmente abranger os grupos multinacionais e não simplesmente a empresa como simples pessoa coletiva. Estas devem basear-se no volume de negócios líquido a nível mundial da empresa algo que existe também e já há muito tempo em direito da concorrência. O limite máximo das sanções pecuniárias não deve ser inferior 5% do volume de negócios líquido da empresa a nível mundial no exercício financeiro que antecede a decisão de imposição da sanção. O objetivo aqui é ter algo de muito parecido com o direito da concorrência tanto nacional como europeu¹⁵ que também serviu de modelo em termos de sanções administrativas a nível europeu para o regulamento relativo aos dados pessoais¹⁶ e mais recentemente aos regulamentos “*digital market act*”¹⁷ e “*digital services act*”¹⁸.

A proposta de diretiva previa também que as sanções administrativas pecuniárias possam ser substituídas por algo de novo em direito europeu: a suspensão da livre circulação ou da exportação de produtos. Esta medida visava essencialmente empresas de países terceiros (e não só) que não cumprem as regras da diretiva, o cumprimento das normas da diretiva a chamada “*compliance*” muitas vezes traduzida como a conformidade pode assim tornar-se numa das condições de acesso ao mercado europeu ou a um mercado nacional. Isto significa aqui que o incumprimento seria considerado de uma certa maneira como uma forma de concorrência desleal. A inspiração desta proposta era claramente alemã: a lei alemã de 16 de julho de 2021 que regula os deveres de diligência das empresas nas cadeias de abastecimento, confia o sistema de medidas e sanções pecuniárias ao Serviço Federal de Economia e Controlo das Exportações, portanto um serviço competente em matéria de comércio transfronteiriço. Infelizmente, o texto da diretiva finalmente adotado já não prevê essa possibilidade. Alias, o facto de esta medida não

¹⁵ Em Portugal, a Lei da concorrência, Lei n.º 18/2003, de 11 junho de 2003, em particular o artigo 43.º, prevê um limite máximo de 10% do volume de negócios, em caso de práticas proibidas como cartéis, abuso de posição dominante ou abuso de dependência económica (artigos 4.º, 6.º e 7.º). Em direito europeu, artigos 101 e 102 do Tratado e Regulamento CE n.º 1/2003 do Conselho, de 16/12/2002, relativo a execução das regras de concorrência estabelecidas pelo Tratado.

¹⁶ Regulamento (UE) 2018/1725 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 23 de outubro de 2018, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, JOUE 21/11/2018, L 295/39.

¹⁷ Regulamento (EU) 2022/2064 do 14/9/2022 relativo aos mercados digitais que altera as antigas diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (relativa a economia digital).

¹⁸ Regulamento (UE) 2022/2065 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 19 de outubro de 2022, relativo a um mercado único de serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento relativo aos serviços digitais) JOUE 27 de outubro de 2022, aplicável a partir de 17/2/2024.

ter sido finalmente adotado ao nível europeu sem impedir os estados-membros da criar faz aqui lembrar as tentativas falhas de introduzir uma forma de cláusula social ou ambiental nas regras do comércio internacional¹⁹.

As decisões das autoridades de supervisão relativas ao cumprimento da presente diretiva por parte de uma empresa não prejudicam a responsabilidade civil da empresa. Aliás as autoridades de supervisão devem partilhar quaisquer informações de que disponham sobre uma determinada empresa com o órgão jurisdicional perante o qual devem ser ouvidos os processos relativos à responsabilidade civil da empresa.

B) Incumprimento, danos e responsabilidade civil

O artigo 29 da diretiva prevê a possibilidade de as empresas serem responsabilizadas civilmente sempre que não cumpram as suas obrigações de diligência e tenham sido causados danos em resultado de um impacto adverso que deveria ter sido identificado, evitado, atenuado ou, no mínimo, reduzido através das medidas adequadas previstas na diretiva. A diretiva deixa claro que os esforços da empresa devem ser tidos em conta.

Além disso, as empresas podem ser isentas de responsabilidade pelos danos dos seus parceiros indiretos se puderem demonstrar que incorporaram garantias contratuais que os obrigam a respeitar o código de conduta da empresa e, se for caso disso, um plano de ação de prevenção de riscos, e que tomaram medidas suficientes para verificar o seu cumprimento. Aliás a responsabilidade civil de uma empresa por danos decorrentes de incumprimento não prejudica a responsabilidade civil de quaisquer parceiros empresariais diretos e indiretos da cadeia de valor. O artigo 29 da diretiva prevê que a empresa não pode ser considerada responsável se os danos tiveram sido causados apenas pelos seus parceiros comerciais na cadeia de atividades da empresa. Esta condição pode vir limitar na prática o recurso ao regime de responsabilidade civil, os tribunais competentes em cada estado-membro deverão estar atentos às estratégias empresariais cujo objetivo será de limitar a aplicação do regime de responsabilidade civil.

A sanção administrativa pronunciada pela autoridade administrativa independente competente para aplicação da diretiva não exclui a possibilidade de as vítimas-ofendidos intentarem uma ação judicial de responsabilidade civil pelos danos resultantes da falta de diligência. A prova da falta de diligência será facilitada tendo em conta uma decisão definitiva da dita autoridade de supervisão. Esta ação civil facilitada será o equivalente a uma ação em “follow on” típica das

¹⁹ Jagdish N. BHAGWATI, *The Wind of Hundred Days: How Washington Mismanaged Globalization*, Cambridge: MIT Press, 2000; Jagdish N. BHAGWATI / Robert E. HUDEC, *Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for free trade?*, Cambridge: MIT Press, 1996; Simon J. EVENETT, «The World Trade Organization Ministerial Conference in Hong Kong : What's Next ?», *Journal of World Trade*, 40/2 (April 2006) 221-238; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Promoting core labour standards and improving social governance in the context of globalisation*, Brussels, 18.7.2001, COM(2001) 416 final.

regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia²⁰.

Ao abrigo da proposta de diretiva a ação judicial pode ser individual ou coletiva o que não é o caso por exemplo em direito francês ao abrigo das leis de 2017 e de 2021. O “modelo” francês prevê simplesmente que as associações e outros grupos coletivos podem dar apoio para organizar a ação judicial da vítima direta, mas não podem eles próprios iniciar esta ação perante o único tribunal judicial competente em França para estas ações: o tribunal judicial de Paris²¹. A diretiva vai aqui mais longe e prevê que os sindicatos mandatados, as organizações da sociedade civil, ou outros intervenientes possam intentar ações perante os tribunais em nome de uma vítima ou de um grupo de vítimas de efeitos negativos, e que essas entidades tenham os direitos e as obrigações de uma parte requerente durante os processos.

Os estados-membros devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar ações de indemnização seja de, pelo menos, cinco anos sem ser em qualquer caso inferior ao prazo previsto nos regimes nacionais gerais de responsabilidade civil. Os próprios estados-membros devem também assegurar que existam medidas para garantir que as despesas do processo não sejam excessivamente onerosas para os requerentes que procuram justiça

Os requerentes devem poder pedir medidas de injunção, incluindo processos sumários que podem assumir a forma de uma medida provisória ou definitiva para cessar uma ação suscetível de violar a presente diretiva, ou para cumprir uma medida constante da presente diretiva.

O modelo é aqui a lei francesa de 2017 que prevê que **primeiro** seja possível uma injunção judicial para planos incompletos ou inadequados, que **segundo** a empresa pode ser responsabilizada civilmente pelos danos resultantes da falta de diligência **terceiro** a publicidade das decisões judiciais. A lei de 2017 foi completada pela lei do 22 de agosto de 2021²² que veio criar uma sanção relativa à privação do acesso a contratos públicos e concessões para as empresas sujeitas à lei, mas que não cumpram as suas obrigações.

II) Incumprimento, apoio público, contratação pública e concessões públicas

O artigo 31 da diretiva é relativo ao “*apoio públicos, contratação pública e concessões públicas*” e prevê que os Estados-Membros devem assegurar que o cumprimento das regras da diretiva seja considerado um aspeto ambiental ou social que as autoridades adjudicantes podem ter em conta como parte dos critérios de adjudicação dos contratos públicos e de concessões. A diretiva prevê também que o cumprimento da diretiva seja uma condição ambiental ou social que as

²⁰ Diretiva 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 26 DE NOVEMBRO DE 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, JOUE 5/12/2014, L349/1.

²¹ Lei nº 20-1729 de 22/12/2021, Código da Organização Judicial, artigo L 211-21.

²² Lei nº 2021-1104 do 22 de agosto de 2022 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets ou loi CLIMAT (lei sobre a luta contra as alterações climáticas e o reforço da resiliência aos seus efeitos chamada de lei do Clima).

autoridades adjudicantes podem estabelecer no que diz respeito a execução de contratos ou concessões públicas (**A**). A diretiva final já não prevê nenhuma regra relativa aos apoios públicos então que a proposta de diretiva previa que as empresas que solicitavam apoio público certificassem que não lhes foram impostas sanções por incumprimento das obrigações decorrentes da diretiva. A exclusão visava tanto o acesso a apoios ou contratos e constituía uma sanção original que existe em direito francês com uma referência implícita a concorrência desleal apesar de algumas dificuldades práticas a ter em conta na implementação (**B**).

A)O cumprimento da diretiva critério ambiental ou social na adjudicação e/ou na execução de um contrato ou concessão pública

A diretiva prevê que o cumprimento da diretiva seja um dos critérios ao lado do preço, do prazo de entrega para poder atribuir a uma empresa um contrato ou uma concessão pública. O critério é aqui um critério social ou ambiental, algo de já conhecido em direito europeu através da diretiva 2014/24/UE do 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos²³ iniciado com a evolução jurisprudencial sobre a questão da admissibilidade do recurso a critérios ecológicos de adjudicação de contratos públicos a partir do acórdão *Concordia Bus Finland*²⁴. A novidade, portanto, não é o critério ambiental ou social, mas o fato do próprio cumprimento das obrigações em matéria de dever de diligência poder fazer parte dos ditos critérios.

A entidade adjudicante tem então aqui a capacidade de selecionar os seus fornecedores na base do respeito...da lei. Algo de estranho para o jurista na medida em que o cumprimento de uma regra devia ser, em princípio, uma condição previa de acesso a contratação pública e não simplesmente um critério de atribuição do contrato ou da concessão. O critério ambiental ou social aqui referido será devidamente um elemento discriminatório como os outros critérios para escolher a melhor oferta algo de positivo para incentivar as empresas a cumprir as suas obrigações em matéria de dever de diligência. Mas o incentivo para cumprir não será provavelmente suficiente na medida em que as autoridades adjudicantes podem não incluir este critério: a artigo 31 da diretiva enuncia que autoridades adjudicantes “podem ter em conta...como parte dos critérios de adjudicação ou de execução do contrato”. A faculdade não é obrigação, a diretiva adotada fica aquém das expectativas: a lógica teria sido que para poder candidatar a um contrato públicos, uma concessão o simplesmente a qualquer apoio públicos, a candidatura não pode ser legalmente admissível em caso de incumprimento das obrigações relativas ao dever de diligência. O incumprimento seria então como estava previsto na proposta de diretiva de 2013 um motivo de exclusão do acesso a contratação pública ou a qualquer apoio públicos.

²³ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, JOUE 28/3/2014, L94/65.

²⁴ CJUE, *Concordia Bus Finland*, de 17 de setembro de 2002, Proc. C-513/99.

B) O caso particular da exclusão do acesso a apoios ou contratos públicos

Quando se fala em apoios públicos, contratos públicos, adjudicações, concessões de serviços públicos ou de interesse geral é necessário não esquecer que estão sempre em causa as finanças públicas cuja gestão deve ser exemplar. Para tal efeito as pessoas que querem ter acesso a apoios públicos, a contratação pública ou a uma concessão pública devem também ser exemplares no cumprimento das leis. A chamada conformidade ou “*compliance*”²⁵ pode ter aqui consequências na concorrência, porque a conformidade pode se tornar numa condição de acesso a um mercado. Numa economia de mercado como é o mercado único, a concorrência deva ser livre e leal. Para ser leal, todos tem de ter acesso ao mercado nas mesmas condições: portanto não respeitar certas obrigações pode ser visto como uma forma de concorrência desleal. A proposta de diretiva previa no seu artigo 24 que “Os Estados-Membros devem assegurar que o (não) cumprimento das obrigações decorrentes da presente diretiva ou da sua aplicação voluntária seja considerado um dos aspetos ambientais e sociais a ter em conta em consonância com as normas aplicáveis à prestação de apoio público ou à adjudicação de contratos públicos e concessões. Os Estados-Membros devem estabelecer regras que assegurem que as empresas constituídas em conformidade com a legislação de um país terceiro nos termos do artigo 2.º, n.º 2, sejam excluídas de concursos para a adjudicação de contratos públicos caso não designem um representante autorizado”.

Isto significava que o incumprimento podia se tornar numa condição para ter acesso a uma prestação de apoio públicos ou a um contrato públicos. Aqui a chamada cláusula social ou ambiental²⁶ não é simplesmente como hoje um dos critérios ao lado do preço, do prazo de entrega para poder atribuir a uma empresa um contrato ou uma concessão pública, mas sim um elemento que condiciona a possibilidade de concorrer. Para tal efeito era necessário prever que a autoridade de supervisão pudesse pronunciar como medida ou sanção complementar a exclusão da empresa de toda a contratação pública e apoios públicos enquanto não tiver um plano de diligência e/o não for capaz de provar a sua conformidade. Esta disposição da proposta de diretiva tinha uma forte inspiração no artigo 35 da Lei n.º 2021-1104, de 22 de agosto de 2021, relativa ao combate às alterações climáticas e ao reforço da resiliência aos seus efeitos, conhecida como a “Lei do Clima”, introduziu duas sanções adicionais para as empresas sujeitas à obrigação de elaborar um plano de diligência nos termos do artigo L. 225-102-4 do Código Comercial francês e que não cumpram as suas obrigações a este respeito. Estas empresas podem ver-se excluídas

²⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, ed., *Compliance Monumental Goals*, coll. Compliance & Regulation, Paris: Journal of Regulation & Compliance (JoRC) and Bruylant, 2023; Kaonstantin Von BUSEKIST, dir., *International Compliance. Legal Requirements of Business Organisation in over 30 countries*, C.H. Beck. Hart. Nomos, Baden-Baden (Germany) 2016.

²⁶ Jagdish N. BHAGWATI, *The Wind of Hundred Days: How Washington Mismanaged Globalization*; Jagdish N. BHAGWATI / Robert E. HUDEC, *Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for free trade?*; Simon J. EVENETT, «The World Trade Organization Ministerial Conference in Hong Kong : What's Next ?», 221-238; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Promoting core labour standards and improving social governance in the context of globalisation*.

do processo de adjudicação de um contrato público²⁷ ou de um contrato de concessão pública²⁸. No direito francês a exclusão só é possível se não houver plano de diligência, o que é uma interpretação restrita em relação a proposta de diretiva. E temos também de notar que a exclusão é uma simples faculdade: os artigos do código da contratação pública enunciam de maneira muito explícita que “Podem ver-se excluídas...”. E, ademais, a decisão de excluir ou não depende da própria autoridade pública que lança o processo de adjudicação ou de concessão pública, algo que cria uma forma de insegurança jurídica para a autoridade: não ter um plano é algo que pode justificar a exclusão, nomeadamente se o plano for incompleto ou inadequado, pelo que a dita autoridade não tem competência nem capacidade para se pronunciar. Esse poder tem, portanto, que recair nas mãos de uma autoridade de supervisão, algo que também não estava previsto na proposta de diretiva e que explica finalmente que o caso particular da exclusão fosse posto de lado no texto final da diretiva por motivos relacionados com a insegurança jurídica.

²⁷ CCP, art. L. 2141-7-1 (CCP: Código da Contratação Pública).

²⁸ CCP, art. L. 3123-7-1 (CCP: Código da Contratação Pública).