

03

2022

ESG Policy Note

Rewolucja ESG w łańcuch wartości: jak daleko sięga odpowiedzialność przedsiębiorcy?

AUTOR

dr hab. Marcin J. Menkes,

prof. SGH, Katedra Prawa Gospodarczego, Of Counsel Queritius

Streszczenie

Odpowiedzialność przedsiębiorców z Unii Europejskiej niebawem może objąć ryzyk dla środowiska i ochrony praw człowieka zarówno w dół (dystrybucja produktów i usług, konsumenci) jak i w górę (surowce, dostawcy) łańcuchów wartości. Jednym z najważniejszych mechanizmów egzekwowania tej odpowiedzialności będzie możliwość dochodzenia odpowiedzialności odszkodowawczej przez szeroki krąg zewnętrznych interesariuszy. Rewolucję taką przyniesie uchwalenie procedowanego obecnie projektu Dyrektywy w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju (CSDD). Ze względu na znaczenie dla konkurencyjności unijnej gospodarki, prace legislacyjnej wymagają bacznej uwagi.

Abstract

EU corporate responsibility may soon extend to environmental and human rights risks both downstream (distribution of products & services) and upstream (raw materials, suppliers) of the value chain. One of the most important mechanisms for enforcing this responsibility will be the ability of a wide range of external stakeholders to claim obtain damages. The adoption of the Corporate Sustainability Due Diligence (CSDD) draft, currently under consideration, will bring such a revolution. Given its importance to the competitiveness of the EU economy, the legislative work requires close attention.

WSTĘP

Systematyczne refleksja nad relacjami między biznesem a prawami człowieka sięga lat 70. XX wieku. Początkowo miały one charakter ogólny, o silnym nacechowaniu ideologicznym. Zainteresowanie społecznej odpowiedzialności biznesu przetrwało jednak zimnowojenny podział świata, a kolejne rekomendacje i standardy dobrych praktyk miały coraz bardziej konkretny charakter: od prawa miękkiego po dynamiczny rozwój ustawodawstw na poziomie krajowym i unijnym (zobacz ostatnie publikacje PIMG nt. rewolucji ESG [tu](#) i [tu](#)). Aktualnie jesteśmy świadkami narodzin kolejnej generacji regulacji środowiskowych i społecznych aspektów biznesu oraz ładu korporacyjnego (ESG). Istotnemu rozszerzeniu mają ulec obowiązki przedsiębiorców: biznes ma być odpowiedzialny nie tylko za własną działalność, ale świadomie dobierać o oddziaływać na łańcuchy wartości (*value chains*). Rodzi to zarówno szanse jak i zagrożenia.

W ten sposób Unia Europejska zabiega o zredefiniowanie rozumienia wzrostu gospodarczego. Maksymalizacja wzrostu gospodarczego nie ma stanowić celu samego w sobie, ale służyć zielonej, neutralnie klimatycznie gospodarce. Jednocześnie słabnąca Europa chce wykorzystać ostatni być może moment na ukształtowanie międzynarodowego ładu gospodarczego.

Z perspektywy przedsiębiorców rodzi to dwojakie konsekwencje. Z jednej strony, na biznes nakładane są koszty regulacyjne które – w zamyśle – mają internalizować koszty ESG oferowanych produktów oraz usługi. Z drugiej strony, przedsiębiorcy mają w bardziej świadomy sposób formułować i realizować cele biznesowe.

Zmiany nie są jednak wdrażane w pustce prawnej i gospodarczej, ale na kontynencie ściśle zintegrowanym ze światową gospodarką, gdzie europejscy przedsiębiorcy muszą konkurować z biznesem z państw z nieraz zasadniczo różnym podejściem do zielonego wzrostu gospodarczego. Jeżeli szczytne zamierzenia uniemożliwią refleksję nad kosztami ich realizacji, zmiany będą kontrproduktywne. Obecnie takie obawy biznesu¹ rodzi choćby opublikowany w lutym 2022 r. projekt Dyrektywy w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju (CSDD).²

¹ Business Europe, Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence (CSDD) - BusinessEurope comments, Position Paper, <https://www.buinesseurop.eu/publications/proposal-directive-corporate-sustainability-due-diligence-csdd-buinesseurop-comments>.

² Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zmieniająca dyrektywę (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final, 23.2.2022.

Założenia CSDD

W razie uchwalenia, CSDD wyznaczy nowe standardy prawne w relacjach horyzontalnych tj. między przedsiębiorcami. Spółki będą odtąd musiały dołożyć należytej staranności celem poszanowania ESG zarówno w dół (produkty i usługi) jak i w górę (dostawcy i partnerzy) własnych łańcuchów wartości. Bezpośrednim celem dyrektywy jest prewencja i ograniczanie szkód środowiskowych i w obszarze praw człowieka. W stosunku do pierwotnych założeń wszystko wskazuje, że rozszerzenie nowego podejścia regulacyjnego na trzeci filar ESG tj. w odniesieniu do ładu korporacyjnego (*good governance*) zostanie odroczone.

Należyta staranność (*due dilligence*) w rozumieniu CSDD oznacza **odpowiednie środki** które spółka powinna zastosować w sposób wspólny do stopnia dotkliwości i prawdopodobieństwa wystąpienia niekorzystnych skutków a do których przedsiębiorstwo ma **racjonalny dostęp**, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności indywidualnych, biznesowych-relacyjnych i sektorowych (**ekonomiczna racjonalność**). Zgodnie z założeniem Komisji, CSDD ma doprowadzić do ograniczenia lub wstrzymania działalności, tam gdzie koszty społeczne przewyższają prywatne koszty dla przedsiębiorcy.

Due dilligence, zgodnie z preambułą, należy rozumieć jako zobowiązanie należytej staranności przede wszystkim w zakresie dostosowania systemu zarządzania ryzykiem i *compliance*. Co istotne, CSDD obejmuje nie tylko środki prewencyjne, w odniesieniu do potencjalnych ryzyk, ale stanowi także środki zaradcze w przypadku ich materializacji. Do tych należy w szczególności zaliczyć odpowiedzialność odszkodowawczą przedsiębiorców.

Zakres podmiotowy CSDD

Zakres stosowania CSDD wyznaczono osobno dla trzech grup. Obowiązki należytej staranności mają spoczywać na każdej spółce zatrudniającej przynajmniej 500 pracowników oraz generującej globalne przychody netto ze sprzedaży 150 mln EUR (**Grupa I**).

Pułap obniżono w tzw. sektorach wrażliwych: tekstylia, rolnictwo, rybołówstwo, sektor wydobywczy. Ze względu na wyższe ryzyka naruszeń prawa środowiska i praw człowieka w tych branżach obowiązki należytej staranności w **Grupie II** ciążą już na spółce zatrudniającej 250 pracowników oraz generującej globalne przychody netto ze sprzedaży 40 mln EUR.

Wedle aktualnych szacunków Grupa I i II to łącznie ok. 13 tyś. przedsiębiorstw unijnych.

Dodatkowo, Komisja uznała że punktem równowagi między wyrównywaniem warunków konkurencji z przedsiębiorcami z państw trzecich a ochroną atrakcyjności UE jako rynku zbytu i obszaru inwestycyjnego jest zastosowanie wobec **Grupy III**, czyli przedsiębiorców spoza UE, w/w. kryteriów jedynie w odniesieniu do przychodów netto ze sprzedaży w UE. Innymi słowy, spółka z państw trzecich co do zasady podlegają CSDD, jeżeli ich unijna część działalności spełnia, odpowiednio, kryteria właściwe dla Grupy I lub II. Szacuje się, że w ramach tej grupy obowiązkami zostanie objętych ok. 4 tyś. przedsiębiorstw spoza UE.

Na koniec warto podkreślić kluczowy element CSDD z punktu widzenia oceny kosztów i korzyści jej stosowania. W przeciwieństwie do szeregu aktów prawnych przyjmujących oceny ryzyka wystąpienia niekorzystnych zdarzeń (*risk based approach*) – jak choćby przeciwdziałania szkodom środowiskowym, ochrony danych osobowych czy przeciwdziałania praniu pieniędzy AML/CFT – filarem CSDD jest należyta staranność.

ok. 13 tysięcy przedsiębiorstw unijnych

ok. 4 tysięcy przedsiębiorstw spoza UE

Grupa I

WSZYSTKIE SPÓŁKI

≥500 pracowników

≥150 mln EUR

Grupa II

SEKTORY WRAŻLIWE

≥250 pracowników

≥40 mln EUR

Grupa III

SPÓŁKI Z PAŃSTW TRZECICH

≥500 | ≥250 pracowników

≥150 | ≥40 mln EUR

Obowiązki wedle projektu CSDD

Istotną CSDD jest nałożenie na spółki obowiązku dołożenia należytej staranności w odniesieniu do **stałych** relacji biznesowych przeciwdziałania niekorzystnym skutkom dla środowiska naturalnego i poszanowania praw człowieka.

Jako stałe relacje biznesowe należy traktować takie, co do których spółka spodziewa się, że będą trwałe, ze względu na ich **intensywność lub czas trwania**, i które nie stanowią nieistotnej lub jedynie pomocniczej części łańcucha wartości przedsiębiorstwa. Przedsiębiorstwo nie powinno ponosić odpowiedzialności za brak zapobieżenia szkodzie na poziomie pośrednich relacji biznesowych ani za niezaprzesłanie wyrządzenia szkody, jeśli zawierało umowy kaskadowe i stosowało zapewnienia umowne oraz wprowadziło środki sprawdzające ich przestrzeganie, chyba że ze względu na okoliczności sprawy nie można było racjonalnie oczekiwać, że podjęte działania, w tym w zakresie sprawdzania zgodności, będą wystarczające dla zapobiegnięcia lub zgładzenia niekorzystnych skutków.

Warto odnotować, że choćby związki zawodowe domagają się rozszerzenia tych obowiązków na wszelkie relacje biznesowe – nie tylko stałe; przyjęcie takiej propozycji bez żadnych ograniczeń pociągnęłoby by za sobą olbrzymie koszty transakcyjne aktywności gospodarczej.

Obowiązek należytej staranności obejmuje zarówno identyfikację **rzeczywistych jak i potencjalnych niekorzystnych skutków**. Jeżeli nie da się im zapobiec, przedsiębiorstwo jest obowiązane do podjęcia odpowiednich środków, ograniczenia a nawet zerwania danych relacji. Reżim ten – w przypadku Grupy II (zob. powyżej) – obejmuje jednak jedynie **poważne** negatywne skutki.

Dalej, oceniając podstawy i zakres odpowiedzialności prawnej przedsiębiorcy należy uwzględnić podjęte przez przedsiębiorstwo starania – w zakresie w jakim dotyczą bezpośrednio przedmiotowej szkody – w celu podjęcia wszelkich działań zaradczych wymaganych od niego przez organ nadzorczy, wszelkie dokonane inwestycje i ukierunkowane udzielone wsparcie, a także współpracę z innymi podmiotami w celu przeciwdziałania niekorzystnym skutkom w łańcuchach wartości.

Egzekwowanie obowiązków

Środki egzekwowania CSDD – w gestii organów krajowych zarówno co do stosowanych instrumentów jak i procedur ich stosowania – powinny być „konieczne”. Projekt Dyrektywy określa jedynie ograniczoną liczbę sankcji dostępnych we wszystkich państwach członkowskich, w uzupełnieniu do ustawodawstwa krajowego. Jak na razie jedyną propozycją na rzecz zapewnienia jednolitej implementacji CSDD jest propozycja stworzenia Europejskiej Sieci Organów Nadzorczych na potrzeby ułatwienia wymiany informacji. Podstawową funkcją Sieci ma być przeciwdziałanie arbitrażowi nadzorcemu między państwami członkowskimi – uniknięcie konkurencji między regulatorami i nadzorcami rynków.

Zanim jednak właściwe organy administracji publicznej podejmą działania, szeroka odpowiedzialności spoczywać będzie przede wszystkim na samych przedsiębiorcach – zobowiązanych do **raportowania**. Uzupełnieniem tego systemu będzie prawo osób trzecich – interesariuszy – do korzystania z **mechanizmu skargowego**. Dalej, wypełnianie obowiązków CSDD podlegać będzie obowiązkom w zakresie sprawozdawczości, które w przypadku spółek objętych NFRD/CSRD będą realizowane w odnośnych raportach.

Sankcje mogą być nakładane jedynie za naruszenie wymogów minimalnych. Instrumentarium sankcji obejmuje w szczególności nakaz zaprzestania szkodliwego działania, kary pieniężne, środki tymczasowe oraz – jak się wydaje otwarty katalog – „innych środków”, które winny być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające.

Istotną niewiadomą projektu jest propozycja nałożenia na przedsiębiorców **odpowiedzialności odszkodowawczej**. Jak się wydaje odpowiedzialność taka mogłaby być zrealizowana w trzech sytuacjach:

- jako mechanizm dobrowolnej neutralizacji negatywnych rzeczywistych skutków,
- w ramach „innych środków” sankcji, oraz
- na mocy wyroku sądowego zarówno za rzeczywistą jak i potencjalną (*sic!*) szkodę.

Rodzi to fundamentalne pytanie, czy Komisja zaproponuje uwspólnotowanie przepisów w przedmiocie odpowiedzialności odszkodowawczej, czy też CSDD będzie w tym zakresie implementowana zgodnie z bardzo zróżnicowanymi normami krajowego prawa materialnego. Znamiennym przykładem do czego mógłby doprowadzić ten ostatni wariant jest choćby porównanie dostępności i faktycznego doniosłości powództw zbiorowych w różnych państwach UE.

Kontrowersyjne elementy projektu

Zważywszy na skalę dotychczas wprowadzonych zmian, ostateczny tekst Dyrektywy zapewne ulegnie istotnym zmianom. Warto jednak odnotować kilka elementów, których korekta będzie miała istotne konsekwencje, a z których powrotem należy się nadal liczyć.

1. **Standardy** – w dotychczasowym ustawodawstwie nakładających na biznes obowiązki z obszaru ESG zazwyczaj wskazywano listę odnośnych konwencji, mimo że takie dokumenty wiążące bezpośrednio państwa nie zawsze nadają się do bezpośredniego stosowania przez spółki. Warto zatem odnotować, że CSDD – częściowo – odchodzi od takiej ogólnej listy odesłań na rzecz bardziej precyzyjnego wskazania odnośnych standardów. CSDD zawiera również odwołanie do dobrych praktyk i standardów branżowych.
2. **Filary CSDD** – pierwotnie implementacja CSDD miała się opierać na filarach należytej (I) staranności spółki, (II) szczegółowych obowiązków spoczywających na zarządzie oraz (III) adekwatnie ukształtowanej polityce wynagrodzeń. Ostatecznie to pierwszy filar zdominował prace legislacyjne, a drugi zachowano w ograniczonym zakresie.
3. **Zakres podmiotowy** zawężono wobec pierwotnego pomysłu, wyłączając MŚP z zakresu stosowania Dyrektywy w tzw. Grupie I oraz ograniczając jej zakres w Grupie II. Jednocześnie duże spółki zostały obowiązane do udzielania wsparcia MŚP.
4. **Stale relacje biznesowe** – w przeciwieństwie do pośrednich relacji biznesowych mają ograniczać dostępność mechanizmów odszkodowawczych. Rozgraniczenie obu kategorii w praktyce będzie bardzo problematyczne, a zarazem stworzy przestrzeń dla adekwatnego strukturyzowania biznesu.
5. Podobne wątpliwości semantyczne budzą sformułowania takie jak **poważne niekorzystne skutki, odpowiednie środki** mitygacji, **stosowne przypadki**, w których państwa winna prowadzi konsultacje³, czy obowiązek uniknięcia lub **odpowiedniego** złagodzenia negatywnych skutków.
6. Obowiązek identyfikacji zagrożeń w przypadku **usług finansowych** ma jedynie charakter prospektywny, tj. występuje przed świadczeniem danej usługi.
7. Należy się spodziewać, że w toku dalszych prac obowiązek **uzależnienia wynagrodzeń** od realizacji – na razie ogólnie wspomnianych – **celów klimatycznych** zostanie doprecyzowany. Zapewne zostanie także rozszerzony poza zmienny element wynagrodzenia.

³Tutaj związki zawodowe domagają się uwzględnienia ich jako strony konsultacji obowiązkowych.

8. Zarówno **związki zawodowe**, jak i **organizacje pozarządowe** domagają się szerszego uwzględnienia ich głosu oraz rozszerzenie instrumentarium implementacji CSDD⁴. NGOsy sygnalizuje również, że aktualny projekt jest częściowo niezgodny z Wytycznymi ONZ dot. biznesu i praw człowieka.⁵

Częściowe uwzględnienie ich postulatów wydaje się wysoce prawdopodobne. Zarazem organizacje pracodawców w kontrze do tych żądań podnoszą wysokie koszty implementacji Dyrektywy dla przedsiębiorstw.

Globalna konkurencja

Zakresem CSDD objęte są zarówno przedsiębiorstwa unijne jak i spółki z państw trzecich prowadzące działalność na unijnym rynku. Komisja w ten sposób chce w ten sposób przeciwdziałać utracie konkurencyjności przedsiębiorców, tam gdzie walczą na jednym rynku z biznesem spoza UE.

Kontekst międzynarodowy zapewne jest największą niewiadomą ciążącą nad projektem, która wymaga uwagi w procesie legislacyjnym potencjalnie prowadzący do najistotniejszych zmian. Warto zatem na koniec odnotować dwa wyzwania, które w tym kontekście szczególnie rzucają się w oczy. Po pierwsze, reakcje państw trzecich stanowiących miejsce siedziby-rejestracji spółek. Czy takie rządy będą skłonne do ekstraterytorialnego zastosowania CSDD? Projekt nakłada wprawdzie obowiązki na spółki pozaunijne ale faktyczna możliwość ich egzekwowania, w szczególności wykonywania wyroków odszkodowawczych, będzie w znacznym stopniu uzależniona od postawy państw trzecich. Patrząc choćby na, relatywnie bliski naszym tradycjom prawnym w obszarze praw człowieka, przykładów Stanów Zjednoczonych nie trudno odnotować daleko posuniętą powściągliwość w odniesieniu do ekstraterytorialnego rozszerzenia zakresu stosowania praw człowieka,

Po drugie, istotne będzie nastawienie państw trzecich goszczących spółki unijne. Tam gdzie same rządy przysmakują oczy na czy wręcz wspierają gwałcenie praw człowieka, czy dewastację środowiska, konflikt interesów jest dość oczywisty. To zaś będzie miało wpływ na pozycję konkurencyjną danego przedsiębiorcy zarówno wobec konkurencji z państwa trzecich, jak i innych unijnych spółek prowadzących działalność w państwach dzielących wartości znajdujące się u podstaw CSDD. Paradoksalnie same unijne spółki – beneficjenci „nadgorliwości” rządów goszczących inwestorów – mogą znaleźć się w sytuacji poważnego dylematu: jeżeli celem Dyrektywy jest rozwiązanie problemu, a lokalny rząd gotowy jest do wspierania biznesu niezależnie od kosztów społecznych i środowiskowych, to czy sprzedaż biznesu konkurencji, nie objętej zakresem obowiązywania CSDD, pozwoli na realizację celów normatywnych?

⁴The Danish Institute for Human Rights, Legislating for impact: analysis of the proposed EU corporate sustainability due diligence directive, 23 March 2022, <https://www.humanrights.dk/publications/legislating-impact-analysis-proposed-eu-corporate-sustainability-due-diligence>.

⁵Polski Instytut Praw Człowieka, Należyta staranność w zakresie zrównoważonego rozwoju (w tym praw człowieka), <https://pihrb.org/csddd-prace/>.

Skutki projektu

1. W razie wejścia w życie CSDD podniesie zarówno bezpośrednie koszty współpracy z partnerami zewnętrznymi, jak i koszty pośrednie m.in. w zakresie sprawozdawczości.
2. Istotnym elementem wzmocniającym instrumentarium wdrażania ESG jest ustanowienie w CSDD odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorców.
3. Faktyczna skuteczność oraz koszty CSDD będą pochodną zarówno współpracy-lojalności między nadzorcami różnych państw UE, jak i gotowości państw trzecich do przyjęciach unijnych standardów prowadzenia zrównoważonego biznesu.
4. W dotychczasowych pracach legislacyjnych doszło do bardzo poważnych zmian, a formułowane postulaty odzwierciedlają spektrum interesów – bardzo istotne, aby przyszli adresaci CSDD uważnie obserwowali proces legislacyjny i sygnalizowali szczegółowe problemy uykające z pola widzenia ustawodawcy.

Bibliografia

1. Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zmieniająca dyrektywę (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final, 23.2.2022.
2. Business Europe, Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence (CSDD) - BusinessEurope comments, Position Paper, <https://www.buinessseurope.eu/publications/proposal-directive-corporate-sustainability-due-diligence-csdd-buinessseurope-comments>.
3. The Danish Institute for Human Rights, Legislating for impact: analysis of the proposed EU corporate sustainability due diligence directive, 23 March 2022, <https://www.humanrights.dk/publications/legislating-impact-analysis-proposed-eu-corporate-sustainability-due-diligence>.
4. Polski Instytut Praw Człowieka, Należyta staranność w zakresie zrównoważonego rozwoju (w tym praw człowieka), <https://pihrb.org/csddd-prace/>.