



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Corporate Sustainability Due Diligence

Paccès, A.M.

**Publication date**

2023

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Il Diritto Societario Europeo: Quo Vadis?

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Paccès, A. M. (2023). Corporate Sustainability Due Diligence. In P. Montalenti, & M. Notari (Eds.), *Il Diritto Societario Europeo: Quo Vadis?: atti del convegno, Courmayeur, 23-24 novembre 2022* (pp. 283-295). (Quaderni di Giurisprudenza Commerciale; Vol. 456). Giuffrè Francis Lefebvre.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

ALESSIO M. PACCES

*CORPORATE SUSTAINABILITY  
DUE DILIGENCE*



---

Isbn 9788828854241

*Estratto dal volume:*

**IL DIRITTO SOCIETARIO EUROPEO:  
*QUO VADIS?***

ATTI DEL CONVEGNO

Courmayeur, 23-24 settembre 2022

a cura di

PAOLO MONTALENTI e MARIO NOTARI

2023

ALESSIO M. PACCES (\*)

## *CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La responsabilità civile nella proposta CSDD. — 3. Funzione economica della responsabilità civile: il problema della responsabilità limitata. — 4. Uso strategico della responsabilità limitata: evidenza empirica. — 5. L'aggiramento della responsabilità civile nella proposta CSDD. — 6. Conclusione.

### 1. *Introduzione.*

Buonasera a tutti e grazie per essere rimasti ad ascoltare l'ultimo intervento di questa giornata.

Vorrei cominciare esprimendo un ringraziamento non formale agli organizzatori, i professori Mario Notari e Paolo Montalenti, per avermi onorato doppiamente con il loro invito: in primo luogo, chiamandomi a intervenire tra i più illustri giuristi in materia di diritto societario in Italia e, in secondo luogo, per avermi invitato a parlare a un Convegno in Italia, io che pur essendo italiano non sono un giurista, tantomeno illustre, e neppure ho mai fatto parte dell'accademia italiana. Ciò spiega il fatto che le diapositive che proietterò sono in inglese, ma parlerò in italiano — cosa che non sono più abituato a fare — cercando di farmi capire alla men peggio.

Questo intervento riguarda la proposta di *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (d'ora innanzi CSDD) <sup>(1)</sup>, che è già stata illustrata con ineguagliabile eleganza dal professor Mario Stella Richter nell'intervento che mi ha preceduto. Ho suddiviso il mio intervento in cinque parti. Primo, siccome siamo in un consesso di giuristi, comincerò dalla regola su cui intendo concentrare l'attenzione: la responsabilità civile per danni nella catena del valore, cioè l'art. 22 della proposta CSDD. Subito dopo, però, butterò giù la maschera e parlerò degli aspetti economici di questa responsabilità. In questa seconda parte, ho scelto di adottare un approccio

(\*) Professor of Law and Finance, University of Amsterdam. Il testo dell'intervento si riferisce allo stato delle proposte normative al 25 settembre 2022.

(1) Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, n. 2022/0051 COD del 23 febbraio 2022.

economico-funzionale alla responsabilità civile non solo e non tanto perché l'analisi economica del diritto è il mio mestiere — dopotutto, vengo dall'*Amsterdam Center for Law & Economics* —, ma piuttosto per rispondere alla domanda: a cosa serve, questa responsabilità per danni nella catena del valore? L'argomentazione teorica è che essa serve a contrastare l'uso strategico della responsabilità limitata da parte delle società. Questo vale in teoria. Non tutte le teorie sono buone rappresentazioni della realtà ed ecco perché, nella terza parte, presenterò studi empirici che dimostrano che l'uso strategico della responsabilità limitata è una realtà, sia nel contesto dei gruppi di società sia nella costruzione delle catene del valore.

Bene ha fatto, allora, la Commissione Europea a proporre di istituire una responsabilità civile per danni nella catena del valore. Sennonché, come spiegherò nella quarta parte del mio intervento, così com'è congegnata questa responsabilità civile non funziona molto bene, è molto facile da aggirare, e dunque rappresenta, allo stato, una occasione mancata. Concluderò quindi puntando a un aspetto specifico — l'onere probatorio —, che, secondo me, potrebbe essere migliorato o a livello di diritto dell'Unione Europea o a livello di diritto nazionale, preferibilmente a livello di diritto dell'Unione Europea.

## 2. *La responsabilità civile nella proposta CSDD.*

L'articolo 22 della proposta CSDD richiede agli stati membri di assoggettare le società a una responsabilità civile per violazione del dovere di diligenza lungo la catena del valore. Siccome ho promesso un approccio brutalmente funzionale, ragionerò d'ora innanzi come se ciascun ordinamento recepisce la direttiva così com'è proposta e mi soffermerò solo sugli aspetti essenziali della regola di responsabilità.

Le società soggette alla direttiva sono responsabili per i danni derivanti dagli impatti negativi di carattere ambientale o in termini di diritti umani che accadano in tre contesti: nell'operatività della società stessa, nel gruppo che la società controlla e nel contesto delle relazioni d'affari consolidate che definiscono la catena del valore <sup>(2)</sup>. È quest'ultima, secondo me, una delle novità più interessanti della proposta CSDD.

<sup>(2)</sup> L'art. 3 della proposta CSDD definisce la catena del valore e, nel suo ambito, i rapporti d'affari consolidati come segue (enfasi aggiunte):

«catena del valore»: insieme delle attività inerenti alla produzione di beni o alla prestazione di servizi da parte di una società, compresi lo sviluppo del prodotto o del servizio e l'uso e lo smaltimento del prodotto, così come le collegate attività esplicate nei rapporti d'affari consolidati della società, a monte e a valle » [lett. g]

«rapporto d'affari consolidato»: rapporto d'affari diretto o indiretto che, per intensità o periodo interessato, è duraturo o si prevede che lo sarà e che rappresenta una parte non trascurabile né meramente accessoria della catena del valore » [lett. f].

Il presupposto soggettivo è che la società responsabile, in uno di questi tre contesti, non abbia ottemperato al “dovere di diligenza”, traduzione letterale — un po’ infelice — di *due diligence* che dà il nome alla direttiva. Come ha spiegato benissimo il professor Stella Richter, diligenza qui non significa il tradizionale canone di adempimento delle obbligazioni, da contratto o *ex lege*, ma individua essa stessa un obbligo, in particolare l’obbligo di monitorare la catena del valore attraverso procedure, politiche e codici di comportamento (v. art. 4 e seguenti). In quest’ambito, la società deve prevenire, o quanto meno mitigare (art. 7), e arrestare, o quanto meno minimizzare l’entità (art. 8) degli impatti negativi rispettivamente potenziali e attuali sull’ambiente e sui diritti umani, quali definiti dalle liste di convenzioni internazionali allegata alla proposta CSDD. Se non lo fa, la società risponde dei danni derivanti da questi impatti negativi, ancorché remoti poiché, ad esempio, i regolari fornitori asiatici o africani della società inquinano o si avvalgono di lavoro minorile in violazione delle rilevanti convenzioni internazionali.

Il contesto che prima ho definito a mio avviso più interessante è quello dei rapporti d’affari consolidati che definiscono la catena del valore <sup>(3)</sup>. Come nell’esempio che ho appena fatto, in questo contesto la responsabilità può discendere da partner indiretti che sono molto remoti, sia geograficamente sia in termini contrattuali. Ecco che allora il legislatore si è preoccupato di limitare la responsabilità — che discende dalla violazione di un obbligo di mezzi, non di risultato (15° Considerando) — per i danni cagionati dai partner nei rapporti d’affari indiretti (art. 22, comma 2). In questo caso, la responsabilità è esclusa se si verificano due condizioni. La prima è che siano posti in essere dei sistemi di garanzia contrattuale “a cascata” volti ad assicurare il rispetto dei codici di comportamento e delle misure di prevenzione anche da parte dei partner contrattuali indiretti (cioè controparte di controparte di controparte, e così via dicendo). La seconda è che siano realizzate misure di verifica della applicazione di queste garanzie contrattuali (*compliance verification*, ingenuamente tradotta come “verifica di conformità”). Il rispetto di queste condizioni è sufficiente per escludere la responsabilità, a prescindere dal fatto che i sistemi di garanzia contrattuali a cascata funzionino o no — basta la *compliance*. Siffatta correttezza procedurale non vale, però, a escludere la responsabilità civile qualora “fosse irragionevole attendersi che il concreto intervento [...] fosse atto a prevenire, attutire o arrestare l’impatto negativo o minimizzarne l’entità” (art. 22, comma 2). È questa l’unica ipotesi in cui la sostanza può prevalere sulla forma. Tornerò su questo aspetto, a mio avviso fondamentale, alla fine della mia relazione.

(3) In base all’art. 6 CSDD, l’obbligo di due diligence si applica agli impatti negativi, attuali e potenziali, causati — oltre che dalla società stessa e da quelle da essa controllate — dai rapporti d’affari consolidati della società.

### 3. *Funzione economica della responsabilità civile: il problema della responsabilità limitata.*

Facciamo una piccola digressione, prometto che tornerà utile tra un momento. A che serve, questo tipo di responsabilità? Per capirlo dobbiamo andare alla ragione economica della responsabilità civile. So che questo è un tema controverso tra i giuristi, ma per gli economisti la principale (se non l'unica) funzione della responsabilità civile è la deterrenza <sup>(4)</sup>. Assoggettare i potenziali danneggianti all'obbligo di risarcire il danno li incentiva a internalizzare le esternalità negative delle loro attività sulle vittime. Pensate, per esempio, agli incidenti automobilistici: la responsabilità civile (e le classi bonus-malus delle assicurazioni che la coprono) incentiva i guidatori a fare attenzione ai veicoli degli altri. Con la responsabilità civile si vuole evitare che, quando i costi sociali sono superiori ai costi privati, gli attori privati, siano essi persone fisiche o giuridiche, creino troppo danno ambientale rispetto all'ottimo sociale o troppa violazione dei diritti umani — ammesso, e non concesso, che si possa parlare di un livello ottimo di violazione dei diritti umani — perché sopportano solo il costo privato delle loro azioni. Una responsabilità civile pari al divario tra costo sociale e costo privato rimedia a questo problema costringendo gli attori privati a internalizzare le esternalità negative. Quindi, anche se non vi piace descrivere cose terribili quali la degradazione dell'uomo o dell'ambiente come esternalità negative, sappiate che un economista che usa questo linguaggio vuole la stessa cosa che vogliamo tutti: mettere fine, per quanto possibile, a queste cose orribili <sup>(5)</sup>.

In un famoso articolo del 1991, i professori Henry Hansmann (Yale) e Reinier Kraakman (Harvard) hanno dimostrato che la capacità della responsabilità civile di internalizzare le esternalità negative incontra un grandissimo ostacolo: la responsabilità limitata delle società di capitali <sup>(6)</sup>. Essa può compromettere la funzione deterrente della responsabilità civile. La responsabilità limitata consente alle società di essere a prova di giudi-

<sup>(4)</sup> STEVEN SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, Harvard University Press, 175 ss.

<sup>(5)</sup> Il professor Luca Enriques correttamente osserva, nella sua relazione conclusiva, che in economia il livello ottimale di esternalità negative non è zero. Ciò impone di chiarire l'affermazione nel testo precisando che: a) seppure tutte le esternalità negative fossero internalizzate, rimarrebbe efficiente svolgere attività dannose fintantoché i benefici sociali (inclusi quelli privati del danneggiante) superano i costi sociali; b) poiché l'internalizzazione delle esternalità è un processo costoso (si pensi solo al costo di amministrare un sistema di responsabilità civile), azzerare le esternalità negative non sarebbe nell'interesse della collettività. V. SHAVELL, *op. cit.*, 80-83.

<sup>(6)</sup> HENRY HANSMANN e REINIER KRAAKMAN, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts". *Yale Law Journal*, 1991, 1879-1934.

zio (7), non tanto perché si trovano inaspettatamente a fronteggiare una responsabilità civile che eccede il loro patrimonio netto, ma molto più spesso poiché si pongono strategicamente in questa condizione. È piuttosto facile concentrare le attività pericolose che possono causare, per esempio, esorbitanti danni ambientali in veicoli societari con pochissimo patrimonio netto. In questo modo, semmai le vittime dovessero agire in giudizio, la società convenuta non avrebbe i mezzi sufficienti per risarcire i danni. Questo significa che, nel momento in cui la società capogruppo deve decidere se intraprendere l'attività pericolosa o in violazione dei diritti umani, non tiene conto dei potenziali danni poiché essi verrebbero imputati a veicoli societari impossibilitati a risarcirli. Dunque, l'incentivo a internalizzare le esternalità non c'è più. Di qui la proposta draconiana di Hansmann e Kraakman: abolire la responsabilità limitata delle società con riguardo ai cosiddetti creditori involontari, cioè le vittime del danno extracontrattuale, le quali potrebbero così rivalersi sull'intero patrimonio del gruppo. Siccome una concorrenza (al ribasso) tra gli ordinamenti potrebbe vanificare questo approccio, gli autori propongono altresì che questa responsabilità illimitata abbia un effetto extraterritoriale, cioè disconosca anche la responsabilità limitata conferita da altri ordinamenti.

L'articolo di Hansmann e Kraakman è una pietra miliare nell'analisi economica della responsabilità civile delle società. Tuttavia, com'era prevedibile vista l'enorme influenza delle grandi società per azioni sulla politica, la loro proposta non ha avuto molto seguito negli uffici legislativi o nelle Corti. Va aggiunto che neppure il superamento della responsabilità limitata sarebbe sufficiente a impedire l'aggiramento della responsabilità civile (quindi la internalizzazione delle esternalità) da parte dei gruppi multinazionali di società. Qualora assoggettate a responsabilità illimitata all'interno del gruppo, questi gruppi di società potrebbero pur sempre evadere il rischio di dover risarcire il danno delegando le attività più pericolose, o disgustose, alle controparti di approvvigionamento o di distribuzione situate fuori dal gruppo (*outsourcing*).

La proposta CSDD prova dunque a rimediare a questo difetto di deterrenza nella operatività dei gruppi multinazionali di società estendendo la responsabilità a tutta la catena del valore, sia pur configurandola come responsabilità per violazione dell'obbligo di *due diligence* lungo questa catena anziché come responsabilità diretta, da illecito extracontrattuale, per i danni cagionati dai soggetti appartenenti alla catena (8). Il concetto

(7) STEVEN SHAVELL, "The judgment proof problem". *International review of law and economics*, 6(1), 1986, 45-58.

(8) Ringrazio, per questa precisazione, la professoressa ANNE LAFARRE. V. "Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward", ECGI Blog, 12 Aprile 2022, <https://ecgi.global/blog/mandatory-corporate-sustainability-due-diligence-europe-way-forward>.

fondamentale per la definizione del perimetro della responsabilità è quello, che ho già richiamato, dei “rapporti d'affari consolidati” nel cui ambito si applicano l'obbligo di *due diligence* e la responsabilità per il suo mancato adempimento. Non mi soffermo sui dettagli di questa definizione<sup>(9)</sup>. Siccome è un aspetto cruciale, sul punto è in corso un complesso dibattito legislativo ed è impossibile prevederne l'esito. Basti qui notare che, quale che sarà la definizione approvata dal legislatore, le società dovranno rispondere tanto per i danni delle società controllate quanto per quelli fatti da alcune controparti fuori dal gruppo.

#### 4. *Uso strategico della responsabilità limitata: evidenza empirica.*

La responsabilità civile per danni lungo la catena del valore è dunque giustificata dalla teoria. Resta da chiedersi se le società facciano davvero un uso strategico della responsabilità limitata. Questo è un quesito empirico. La risposta è sì, lo posso dire con una certa sicurezza. Infatti, proprio recentemente, la letteratura di economia finanziaria ha dimostrato che l'uso strategico della responsabilità limitata è una realtà sia nei gruppi di società sia, come spiegherò in un secondo momento, nella costruzione della catena di valore.

I professori Pat Akey (Università di Toronto) e Ian Appel (Università della Virginia) hanno pubblicato l'anno scorso un articolo dal titolo: “*The limits of limited liability: Evidence from industrial pollution*”<sup>(10)</sup>. L'articolo è pubblicato nel *Journal of Finance*, la più importante rivista scientifica di economia finanziaria a livello mondiale. Il punto essenziale negli studi empirici, specialmente negli studi dell'impatto del diritto sulla finanza, è la strategia di individuazione della causalità. Questo perché due fenomeni quali la responsabilità limitata e la esternalizzazione del danno potrebbero essere correlati statisticamente, in senso positivo o negativo, ma dipendere entrambi da una variabile omessa dallo studio che, in realtà, determina la produzione di esternalità negative. Questo approccio è il pane quotidiano degli economisti empirici, quindi per poter pubblicare sul *Journal of Finance* gli autori hanno dovuto per forza trovare una strategia convincente per dimostrare la causalità. Akey e Appel hanno usato un caso della Corte Suprema degli Stati Uniti, il caso *Bestfoods* del 1998<sup>(11)</sup>. *Bestfoods* è utile per l'analisi empirica perché costituisce un cosiddetto esperimento naturale. Prima di *Bestfoods*, nei diversi circuiti federali, le Corti applicavano diverse regole di responsabilità della capogruppo per il danno ambientale causato dalle controllate: alcune Corti ritenevano la

<sup>(9)</sup> V. *supra*, nota 2.

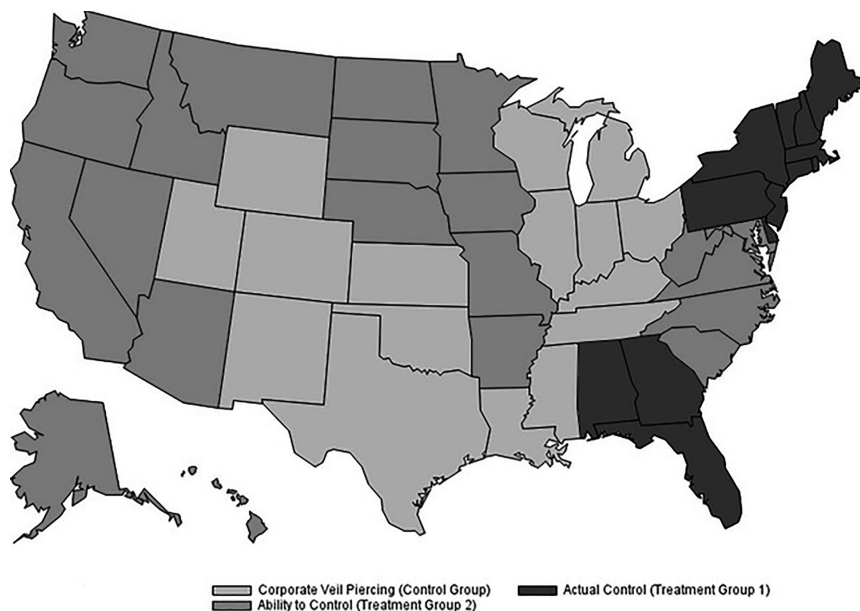
<sup>(10)</sup> PAT AKEY e IAN APPEL, “*The limits of limited liability: Evidence from industrial pollution*”. *Journal of Finance* 76(1), 2021, 5-55.

<sup>(11)</sup> United States v. Bestfoods, 524 U.S. 51 (1998), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/51/>.



capogruppo responsabile in caso di controllo potenziale, altre richiedevano il controllo effettivo, altre ancora applicavano il diritto societario statale che, negli Stati Uniti, è generalmente restio a disconoscere la responsabilità limitata salvi i casi di frode e di interposizione fittizia (cosiddetto *veil piercing*)<sup>(12)</sup>. Con *Bestfoods*, la Corte Suprema ha stabilito che, in tutti gli Stati Uniti, la responsabilità limitata della capogruppo può essere superata solo nel caso estremo del *veil piercing*, in base al diritto statale, che di fatto implica una significativa riduzione del rischio di responsabilità ambientale in tutti gli stati che fino a quel momento ammettevano la responsabilità illimitata. La Figura 1 illustra la situazione prima di *Bestfoods*.

FIGURA 1

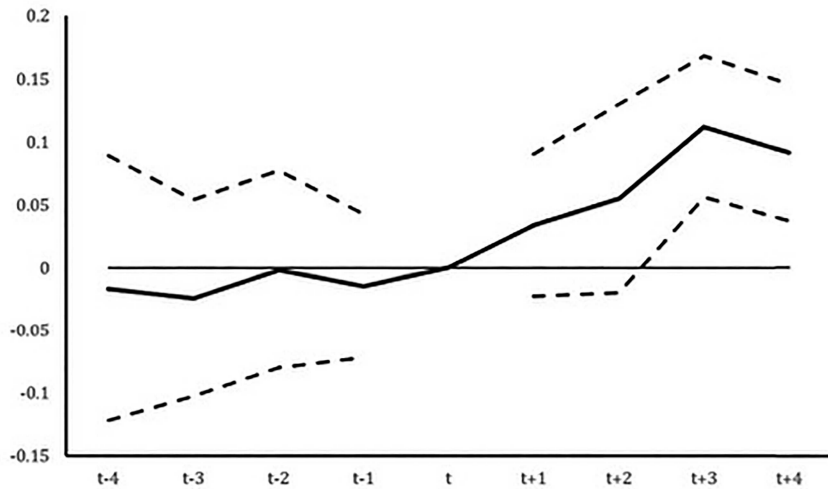


Gli stati di colore grigio chiaro sono quelli che non ammettevano la responsabilità della capogruppo, a parte il caso del *veil piercing*, mentre quelli di colore grigio scuro la ammettevano in caso di controllo potenziale, infine gli stati di colore nero richiedevano il controllo effettivo. Immaginate che, dopo *Bestfoods*, tutti gli stati, di colpo, diventano grigio chiaro. In gergo empirico, questo si chiama *shock* esogeno e serve a stabilire la causalità. Analizzando come si comportano, dopo *Bestfoods*, le società controllate con impianti situati negli stati nero o grigio scuro, in confronto alle società controllate i cui impianti sono sempre stati in uno stato grigio

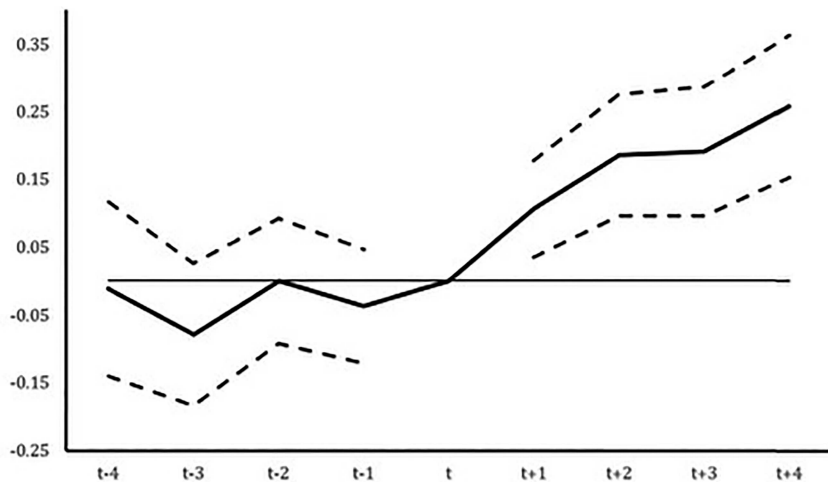
<sup>(12)</sup> FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, 1996, Milano: Giuffrè, 68-77.

chiaro, si individua verosimilmente l'effetto della responsabilità limitata sul danno ambientale, misurato per esempio come incremento delle emissioni nocive. L'impatto individuato da Akey e Appel è significativo: le controllate che beneficiano della responsabilità limitata hanno aumentato le emissioni nocive dal 5% al 9% in media.

FIGURA 2



Panel A. All Subsidiaries



Panel B. Subsidiaries with Public Parents

Il grafico nella figura 2 illustra in maniera intuitiva l'incremento delle

emissioni nocive rispetto all'anno di *Bestfoods*, indicato come tempo  $t$ . Nella parte superiore del grafico, che riguarda tutte le società controllate interessate da *Bestfoods*, si nota il significativo incremento dell'inclinazione della curva a partire da  $t$ . Ciò vuol dire che le controllate interessate da *Bestfoods* hanno aumentato le emissioni, anno dopo anno, fino al tempo  $t + 3$ . Nella parte inferiore del grafico, l'analisi riguarda soltanto le controllate la cui capogruppo è quotata. Si nota che l'incremento delle emissioni (la pendenza della curva) è ogni anno più elevato rispetto alla generalità delle controllate interessate da *Bestfoods*. Quanto dire che, quando la capogruppo è quotata, sono maggiori gli incentivi ad avvalersi di società controllate per esternalizzare il danno ambientale, probabilmente perché i manager della capogruppo, che prendono le decisioni, sono più sensibili all'andamento del mercato azionario.

Ho promesso di far vedere l'uso strategico della responsabilità limitata anche nella catena del valore. Su questo tema non abbiamo un articolo già pubblicato. Abbiamo però un *working paper* di Adrian Lam che dimostra che le società reagiscono all'incremento del rischio di incorrere in responsabilità civile con l'*outsourcing*, cioè delegando l'attività pericolosa alle controparti di approvvigionamento<sup>(13)</sup>. Questo lavoro è un *job market paper*, cioè il modo in cui i ragazzi che iniziano la carriera accademica in economia e in finanza si mettono sul "mercato": presentano il loro *job market paper* in giro per il mondo finché una università riconosce il loro talento e li assume. In questo caso, l'autore l'abbiamo assunto noi al gruppo di finanza dell'Università di Amsterdam proprio perché abbiamo trovato questo studio molto convincente.

Il *paper* di Lam utilizza un altro *shock* esogeno: la prima designazione di una sostanza come cancerogena da parte *National Toxicology Program* negli Stati Uniti. Dal momento della designazione diventa chiaro a tutti che l'uso della sostanza nella produzione aggrava il rischio alla salute e le società che la usano rischiano maggiormente di incorrere in responsabilità civile rispetto alle società che usano sostanze non (ancora) considerate cancerogene. Confrontando i comportamenti di questi due tipi di società si possono stabilire relazioni di causa-effetto. Il risultato fondamentale di Lam è che, dopo la designazione e presumibilmente a causa di essa, le società riducono l'utilizzo individuale delle sostanze cancerogene, ma l'utilizzo di queste sostanze — cioè la esternalità negativa sulla salute — non si riduce in aggregato. Mentre alcune società riducono l'utilizzo della sostanza cancerogena, altre lo incrementano, e l'impatto netto sulla esternalità negativa è nullo. Dopo la designazione di una sostanza come cancerogena, le società che la usano fanno due cose. La prima: vendono i cespiti

<sup>(13)</sup> ADRIAN LAM, "DO HEALTH RISKS SHAPE FIRM BOUNDARIES?", Working Paper (19 luglio 2022), <https://sites.google.com/view/adrianlam>.

che usano quella sostanza. Le produzioni che si avvalgono di sostanze cancerogene vengono così delegate ad altre società, in cui si concentra il rischio di responsabilità civile. Il secondo effetto della designazione è che le società che usano sostanze cancerogene fanno più *outsourcing*, quindi cessano di usare la sostanza direttamente e la fanno usare di più dai fornitori. Questo effetto è, in media, statisticamente significativo ed economicamente rilevante. L'impatto della designazione sull'*outsourcing* diventa quattro volte più elevato se la società è già stata chiamata in giudizio per danno alla salute. Da notare che lo studio riguarda società statunitensi e dunque le azioni giudiziarie in questione sono tutte *class actions*, di cui le società hanno paura.

Non voglio tediare oltre con le statistiche sulle quali rinvio al *paper*, che — ribadisco — è interessantissimo. Mi limito a concludere che l'evidenza empirica conferma che le società ricorrono non solo ai gruppi, ma anche alle catene del valore per limitare il rischio di responsabilità civile, e così facendo, impediscono alla responsabilità civile di internalizzare le esternalità.

##### 5. *L'aggiramento della responsabilità civile nella proposta CSDD.*

Spero di avervi convinto che sia la teoria sia l'evidenza empirica dimostrano che ha senso introdurre una responsabilità per i danni che si verificano nella catena del valore. In teoria, quindi, la Commissione Europea ha fatto bene a proporre di istituire una responsabilità del genere. Sotto questo profilo, mi trovo in disaccordo con alcuni dei relatori precedenti che hanno criticato l'articolo 22 della proposta CSDD. Ma torno subito in accordo con loro perché adesso vi faccio vedere che questa responsabilità civile, così com'è congegnata, non funziona.

Per cominciare, la Commissione Europea ha provato a conferire alla proposta CSDD un effetto extraterritoriale, il che sarebbe importante per una regola di responsabilità civile che mira a superare la responsabilità limitata delle società di capitali. Infatti, ho sottolineato poc'anzi questo aspetto specifico della proposta di Hansmann e Kraakman. Il problema è che la proposta CSDD non riesce davvero ad avere una efficacia extraterritoriale. Sono, sì, soggette alla direttiva anche le società costituite fuori da uno stato europeo, le quali operino in Europa sopra un certo livello di giro d'affari. Tuttavia, anzitutto, il giro d'affari non è consolidato e quindi sarebbe facilmente aggirabile operando attraverso tante società piccole. Ma soprattutto, per aggirare la CSDD e rendersi a prova di giudizio, basta che una società extraeuropea operi in Europa attraverso società controllate di diritto europeo, come peraltro si fa normalmente. Queste controllate sarebbero individualmente soggette alla CSDD, ma non anche la società

madre extraeuropea, che magari è quella in cui si concentra il patrimonio netto del gruppo, poiché ad essa la CSDD non si applica. Secondo una ricostruzione molto interessante da parte dei professori Luca Enriques (Oxford) e Matteo Gatti (Rutgers), una eccezione a questo ragionamento potrebbe riguardare una ipotetica capogruppo americana<sup>(14)</sup>. Nel Delaware, dove si costituisce la stragrande maggioranza delle società americane quotate, gli amministratori possono dover rispondere delle perdite derivanti dalla mancata supervisione delle controllate. Quindi, se l'Unione Europea imponesse alle controllate europee delle regole di condotta su come monitorare la catena del valore, gli amministratori della società madre in America potrebbero dover rispondere verso i loro azionisti qualora le controllate europee fossero chiamate a risarcire il danno derivante dalla violazione di queste regole.

C'è un secondo modo per aggirare la responsabilità. Per stabilire se una società appartiene a un gruppo o no, la proposta CSDD (art 3, lettera d) rinvia ai criteri stabiliti dalla direttiva del 2004 sulla trasparenza societaria<sup>(15)</sup>. Dunque, perché una società rientri nella definizione di gruppo ai fini del dovere di *due diligence*, essa deve essere soggetta a controllo di diritto o a controllo di fatto in base a quella direttiva. Il controllo di fatto è definito mediante una clausola generale piuttosto vaga, l'influenza dominante, per cui, se si riuscisse a controllare effettivamente una società tenendola fuori dalla fattispecie dell'influenza dominante, questa società non farebbe parte del gruppo e non potrebbe essere fonte di responsabilità della capogruppo in base alla proposta CSDD.

Ciò sarebbe poco male, se il perimetro di applicazione della responsabilità nella catena del valore fosse sufficientemente ampio da includere nella definizione di rapporti d'affari consolidati quelle società che sfuggono alla definizione di società controllata. Come ho accennato, nella proposta della Commissione, la definizione di rapporti d'affari consolidati è abbastanza ampia, anche se è in corso un complesso dibattito legislativo sul punto. Il problema è un altro. Nel caso generale, cioè in presenza di un rapporto contrattuale diretto, la responsabilità presuppone l'omissione di misure appropriate per prevenire, o quanto meno mitigare, e arrestare, o quanto meno minimizzare l'entità degli impatti negativi rispettivamente potenziali e attuali di controparte sull'ambiente e sui diritti umani. La nozione di "misure appropriate" non è buona o cattiva in sé, dipende da

(14) LUCA ENRIQUES e MATTEO GATTI, "The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention", Oxford Business Law Blog, 21 aprile 2022, <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/extraterritorial-impact-proposed-eu-directive-corporate>.

(15) Art 2 Direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2004, sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato e che modifica la direttiva 2001/34/CE.

come sarà interpretata dalle Corti. Quello che secondo me non va bene è che spesso l'esternalizzazione dei danni avviene tramite rapporti contrattuali *indiretti* ai quali si applica un diverso regime di responsabilità, che è molto facile da aggirare.

Come ho spiegato all'inizio di questo intervento, per evitare di incorrere in responsabilità con riguardo ai partner contrattuali indiretti, basta che le procedure aziendali soddisfino due condizioni. La prima è la presenza di garanzie contrattuali cosiddette "a cascata", cioè che richiedano a controparte di richiedere, a sua volta, l'applicazione dei codici di comportamento alle loro controparti. Questo si può fare inserendo delle clausole standardizzate. La seconda condizione è che ci siano procedure, che possono essere anch'esse standardizzate, di verifica che le garanzie contrattuali a cascata siano poi effettivamente inserite nei contratti (*compliance verification*). Basta questo per escludere la responsabilità, a meno che non sia irragionevole aspettarsi che queste misure siano idonee a "prevenire, attutire o arrestare l'impatto negativo o minimizzarne l'entità" (art. 22, comma 2). A questo punto — qualcuno potrebbe osservare — se le garanzie contrattuali a cascata non sono idonee a raggiungere l'obiettivo, la società risponde anche dei danni fatti dai partner indiretti. Ma non è necessariamente così.

## 6. *Conclusioni.*

Concludo con quel che mi pare il quesito fondamentale: a chi spetta dimostrare che le garanzie contrattuali a cascata e le procedure di verifica sono inadeguate a raggiungere lo scopo? Se l'inadeguatezza delle misure deve essere provata dalla vittima, si tratta di una *probatio diabolica* poiché la vittima — o l'organizzazione che ne promuove la tutela — non sa niente delle procedure aziendali e non è punto chiaro come potrebbe venirne a conoscenza. In una relazione precedente è stato fatto l'esempio di una NGO che vuole tutelare i bambini che vengono sfruttati in Nigeria da qualche partner indiretto di una società manifatturiera europea; e si possono fare tanti altri esempi di controparti remote. Come potrebbe una NGO del genere acquisire gli elementi per dimostrare che le procedure della società a valle della catena del valore non sono adeguate ad assicurare la *due diligence* per tutte le controparti indirette di approvvigionamento? Il discorso è diverso nel caso di inversione dell'onere della prova: se spetta alla società chiamata in giudizio provare di aver messo in essere misure che sono ragionevolmente adeguate, il *box-ticking* non basta più a evitare la responsabilità e occorre invece dimostrare che le misure erano idonee a raggiungere lo scopo desiderato, almeno in linea di principio.

A questo punto, però, entra in gioco il 58° Considerando della proposta di direttiva il quale sostanzialmente dice che, in merito alla questione

dell'onere probatorio, l'Unione Europea se ne lava le mani. Il 58° Considerando della proposta CSSD recita così: « Il regime di responsabilità non indica chi debba dimostrare che l'intervento della società era ragionevolmente adeguato nelle circostanze del caso, pertanto la questione è lasciata al diritto nazionale. » In un certo senso, questo approccio è anche peggio di una regola europea uniforme che ponesse l'onere della prova in capo alla vittima. L'ambiguità della direttiva sul punto, infatti, crea un rischio enorme di arbitraggio regolamentare, che non si verificherebbe solo nel caso, che non mi aspetto, in cui tutti gli Stati Membri scegliessero l'inversione dell'onere della prova, oppure nel caso opposto, che invece potrebbe succedere. Se la direttiva CSDD venisse approvata in questa forma, gli stati membri avrebbero un potente incentivo a porre l'onere della prova in capo alle vittime, per attrarre le società multinazionali con un regime favorevole di *supply chain liability*. Poco per volta, tutte le società che volessero evitare questa responsabilità civile si sposterebbero dagli ordinamenti con inversione dell'onere della prova verso gli ordinamenti più favorevoli, fino a che spariscano i primi.

Questa è evidentemente una valutazione preliminare, si potrebbero fare ragionamenti più complessi, ad esempio in termini di diritto internazionale privato, ma mi fermo qui. Vorrei solo chiudere improvvisando una risposta al quesito chiave del Convegno — non sapevo che ve ne fosse uno, prima che me lo facessero capire i precedenti relatori — e cioè se ci voglia più o meno diritto societario di fonte europea, in particolare nel contesto della responsabilità civile per danni nella catena del valore di cui vi ho parlato questa sera. Ebbene, per le ragioni che ho appena esposto, io ritengo che per rendere questa responsabilità un po' più efficace, evitando per quanto possibile l'arbitraggio regolamentare, ci vorrebbe più armonizzazione europea.

Ringrazio tutti per l'attenzione.

PAOLO MONTALENTI

Grazie al professor Paces, che ci ha dimostrato anche qui come *the devil is in the details*, perché il considerando 58 sul *liability regime* è solo di due righe e mezza, ma queste due righe e mezza effettivamente sono rilevanti.

La giornata è stata molto intensa e quindi dobbiamo ringraziare ancora il pubblico e i relatori per il loro impegno e rinviare i lavori alla tavola rotonda di domani.