

XIV CONVEGNO ANNUALE
DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

**"IMPRESE, MERCATI E SOSTENIBILITÀ: NUOVE SFIDE PER IL DIRITTO
COMMERCIALE"**

Roma, 26-27 maggio 2023

CIRO G. CORVESE

PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO COMMERCIALE

La proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence* e i suoi (presumibili) effetti sul diritto societario italiano

SOMMARIO: 1. Premesse. *Due diligence* e sostenibilità nel diritto societario europeo. – 2. (Segue) La *due diligence* nella proposta di *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD). – 3. L'ambito soggettivo: alcune questioni. – 4. L'inserimento della *due diligence* nelle politiche aziendali e le azioni da intraprendere per la sua attuazione: cenni. – 5. La responsabilità civile delle società. – 6. La *due diligence* e il dovere degli amministratori di "agire al meglio". – 7. La lotta ai cambiamenti climatici e la remunerazione degli amministratori: lo strano ed equivoco legame. – 8. Alcune osservazioni conclusive o dell'impossibilità di individuare gli effetti sul diritto societario italiano.

1. *Premesse. Due diligence e sostenibilità nel diritto societario europeo.*

Oggetto specifico del presente lavoro è l'analisi della proposta di direttiva *Corporate Sustainability Due Diligence* (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, d'ora in avanti CSDDD)¹ come presentata dalla Commissione europea il 23 febbraio 2022 avente ad oggetto

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 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071>). La proposta è stata pubblicata nel sito della Commissione il 24 febbraio 2022 solo nella versione in lingua inglese; dal 15 aprile 2022 è possibile leggerla nelle lingue ufficiali dell'Unione Europea, ivi compresa la versione in italiano.

Per un esame della proposta si rinvia a: E. BARCELONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. Soc.*, 2022, pp. 1 ss.; S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZE - D. SCHÖNFELDER, *Enforcing Due Diligence Obligations. The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 2)*, *VerfBlog*, 16 March 2022 (disponibile online al link <https://verfassungsblog.de/enforcing-duediligence-obligations/>); S. BRUNO, *Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "Corporate Sustainability Due Diligence". Nasce la stakeholder company?*, in *Riv. di diritti comparati*, 2022, pp. 303 ss.; C. G. CORVESE, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate Sustainability Due Diligence Directive (dalla «insostenibile leggerezza» dello scopo sociale alla «obbligatoria sostenibilità» della due diligence*, in *Banca impr. soc.*, 2022, pp. 391 ss.; L. HÜBNER - V. HABRICH - M. P. WELLER, *Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2022, pp. 644 ss.; P. KRÜGER ANDERSEN et al., *Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars* (June 7, 2022), in *Nordic & European Company Law*, Working Paper No. 22-01 (disponibile online al link <https://ssrn.com/abstract=4139249>); C. MAK, *Corporate sustainability due diligence: More than ticking the boxes?*, in *Maastricht J. European and Comparative*

la *due diligence* delle società ai fini della sostenibilità ambientale e sociale con l'obiettivo ultimo di verificare se e in che termini la proposta, una volta divenuta definitiva, avrà effetti sul diritto delle società domestico.

La CSDDD, come si legge nel Considerando n. 14, “*mira a che le società attive nel mercato interno contribuiscano allo sviluppo sostenibile e alla transizione economica e sociale verso la sostenibilità attraverso l'individuazione, la prevenzione, l'attenuazione, l'arresto e la minimizzazione degli impatti negativi, siano essi potenziali o effettivi, sui diritti umani e sull'ambiente connessi alle attività delle società stesse, alle loro filiazioni e alle catene del valore cui partecipano*”.

Occorre innanzitutto sgombrare il campo da alcune perplessità terminologiche.

La *Due diligence* è la *due diligence*. *Due diligence* non si può tradurre con il termine “Dovuta diligenza” né tantopiù con l'espressione “dovere di diligenza” perché per quanto si richieda che la *due diligence* debba essere rispettata dall'organo gestorio essa si concretizza in una documentazione che tale organo dovrà presentare sulla base di una *checklist* dalla quale si evince ciò che stato realizzato e ciò che deve essere ancora realizzato.

La questione è semmai quella di verificare in che termini la *due diligence* inserita nella proposta di Direttiva che ci occupa possa andare ad incidere sul dovere di diligenza degli amministratori e della loro eventuale conseguente responsabilità e della responsabilità della società².

Tutto ciò premesso, per comprendere appieno la portata innovativa della CSDDD e soprattutto l'eventuale complessità di una procedura di *due diligence* legata alla sostenibilità della società con riferimento all'ambiente e ai diritti umani, occorre iniziare col dire che

Law, 2022, pp. 301 ss.; G. D. MOSCO – R. FELICETTI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *AGE*, 2022, pp. 185 ss., spec. p. 191; G. RACUGNO – A. D. SCANO, *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo*, in *Riv. soc.*, 2022, pp. 726 ss.; U. TOMBARI, *Riflessioni sullo “statuto organizzativo” dell’“impresa sostenibile” tra diritto italiano e diritto europeo*, in *AGE*, 2022, p. 135, spec. pp. 140 ss.; W. YONGE, *European Commission’s Controversial Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence*, in *The Secured Lender* (Sept. 2022), pp. 34 ff.; Oxford Business Law Blog (disponibile online al link <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog>), con contributi di G. FERRARINI, *Corporate Sustainability Due Diligence and the Shifting Balance between Soft Law and Hard Law in the EU*; A. LAFARRE, *Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward*; E. LIDMAN – J. LAU HANSEN, *Response to the Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive by Nordic and Baltic Company Law Scholars*; E. MCGAUGHEY, *How Can We Repower Europe? Ending Fossil Fuels and the Corporate Sustainability Due Diligence Directive*; A. M. PACCES, *Supply Chain Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal*; M. PARGENDLER, *The EU Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence and the Mystique of Complete Corporate Separateness*; W. G. RINGE, *Net-Zero Plans under the Proposed CSDD*; S. THOMSEN, *Sustainable Corporate Governance and the Road to Stagnation*; L. ENRIQUES – M. GATTI, *The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention*.

² Sul punto si rinvia a v. E. BARCELLONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo*, cit., pp. 14 ss. e alla soluzione cui l’A. giunge a p. 24 dove si legge “a dispetto dei proclami che le accompagnano, né la norma che imporrebbe alle società per azioni di compiere una *due diligence* sui rischi di impatto negativo su «diritti umani», «ambiente» e «buona governance di paesi territori e regioni», né la norma che imporrebbe alle società per azioni l’obbligo di includere una politica di “sostenibilità” nella propria strategia aziendale avrebbero l’effetto di modificare realmente gli obblighi di condotta loro imposti nell’esercizio della propria attività di impresa: precisamente, anche ove tali norme divenissero norme vigenti, le società per azioni continuerebbero ad essere tenute a rispettare le norme imperative di volta in volta applicabili (a tutela dei «diritti umani», «ambiente», etc), pur essendo incentivate (ma non obbligate) ad adottare, su base esclusivamente volontaria, *standard* di condotta più virtuosi”. Soluzione che condividiamo e sul punto v. *infra* par. 8

l'attenzione da parte del legislatore europeo alla *due diligence* legata ai profili appena citati non rappresenta una novità³.

Oltre a norme specifiche in materia di *due diligence*, si consideri la legislazione speciale in tema di dovere degli intermediari finanziari e dei consulenti finanziari di condurre, prima di effettuare investimenti, un'adeguata *due diligence* per la quale occorre comprendere non solo i rischi finanziari tradizionali ma anche tutti i rischi di sostenibilità - in quanto tali ritenuti inseparabili dai primi - che potrebbero avere un impatto negativo rilevante sul risultato di un investimento o di una consulenza e di specificare e divulgare le proprie politiche in che modo integrino tali rischi e pubblichino tali politiche⁴.

Il cammino verso la *due diligence* legata alla sostenibilità ambientale e ai diritti umani è iniziato con la nuova direttiva sulla rendicontazione di sostenibilità aziendale, la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD⁵), che ha riformato la direttiva sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario, *Non Financial Reporting Directive* (NFRD)⁶.

³ Per l'esame completo dei provvedimenti europei che si occupano di *due diligence* si rinvia al preambolo alla CSDDD e soprattutto alle pp. 4 ss. e a F. URBANI, *Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari*, in «Riv. soc.», 2021, pp. 195 ss. E vedi recentemente, anche C. MCGARRY - C. CONNELLAN - J. MACLENNAN - T. PULLINS - M. GEZ - M. CLARKE - A. HUBLET - W. DE CATELLE - K. BARKER, *The Global ESG Regulatory Framework toughens up*, disponibile online al link <https://www.whitecase.com/publications/alert/global-esg-regulatory-framework-toughens> (15 luglio 2022).

Da taluni sono state espresse critiche relative alla circostanza che la CSDDD non ha tenuto conto anche dei problemi legati alla deforestazione. Nel saggio di F.R. SCHUFFT, *An umbrella with holes? The proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence and its potential impact on deforestation* (disponibile online al link <https://www.germanwatch.org/en/85201>) l'A. afferma che «*The broad scope of the draft Directive (CSDDD, nota dell'autore) could usefully complement the product-specific focus of the draft EU Regulation on deforestation-free products. In a recent study, we recommended that to this end, the CSDD Directive must contain comprehensive environmental due diligence duties and be broad in scope to cover obligations for companies' entire value chains as well as for small and medium-sized enterprises (SMEs) if these operate in a risk sector. We also argued that the proposal needs to strengthen the rights of the people affected by adverse impacts and provide them with effective access to justice. Unfortunately, the current CSDD proposal, while it would certainly entail some positive steps in the right direction, does not comprehensively address all three of these crucial requirements. In the following, we explain what are the proposal's most critical shortcomings with regard to deforestation and how they could be fixed*».

⁴ Sul punto v. recentemente M.E. SALERNO, *L'integrazione dei fattori di sostenibilità nelle regole di comportamento dell'intermediario finanziario: un ritorno al modello di distribuzione "orientato al prodotto"*, in *Dir. banc.*, 2022, I, pp. 53 ss.

⁵ Si tratta della Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità. Le novità riguardano in particolare le modifiche agli artt. 19 bis (rendicontazione di sostenibilità) e 29 bis (rendicontazione consolidata di sostenibilità). Sul punto si rinvia, anche se con riferimento alla proposta di CSRD, a G. BEVIVINO, *Nuovi inputs euro-unitari. La "sostenibilità" come ponderazione normativa degli interessi di shareholders e stakeholders*, in *AGE*, 2022, pp.115 ss.; M. RESCIGNO, *Note sulle "regole" dell'impresa "sostenibile"*. *Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *AGE*, 2022, pp.165 ss.; G. STRAMPELLI, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *AGE*, 2022, pp. 145 ss. e A. TROISI, *La comunicazione ambientale: il greenwashing dietro la sostenibilità*, in *AGE*, 2022, pp. 353 ss.

⁶ Per approfondimenti circa la *ratio* e i contenuti della NFRD v. M. SIRI - S. ZHU, *L'integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli interessi*, in *Banca, impresa, soc.*, 2020, pp. 20 ss.

Molte sono le critiche mosse alla NFRD in termini di attuazione della *due diligence* connessa alle comunicazioni non finanziarie e sul punto v. B. SJÅFJELL, J. MÄHÖNEN, *Corporate purpose and the misleading shareholder vs stakeholder dichotomy*, University of Oslo, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2022-43, disponibile online al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4039565, p. 21.

Infatti, a livello dell'UE, il governo societario sostenibile è stato promosso principalmente in modo indiretto imponendo obblighi di segnalazione di cui alla direttiva sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario (NFRD) a circa 12.000 società per quanto riguarda i rischi, gli impatti, le misure (compresa la *due diligence*) e le politiche ambientali e sociali⁷. Se, per un verso, la NFRD ha avuto un impatto positivo sul miglioramento delle operazioni commerciali responsabili, per altro verso, non ha portato la maggior parte delle imprese a tenere sufficientemente conto dei loro impatti negativi nelle loro catene del valore.

Rispetto alla NFRD, la nuova CSRD estende l'ambito di applicazione a tutte le grandi società quotate, richiede l'audit delle informazioni comunicate e rafforza la standardizzazione delle informazioni segnalate conferendo alla Commissione il potere di adottare norme in materia di rendicontazione di sostenibilità.

Il contributo che la CSDDD fornirà all'attuale NFRD e alla CSRD si realizzerebbe nella previsione di un obbligo aggiuntivo per alcune società di prevedere la *due diligence* al fine di individuare, prevenire, mitigare e tenere conto dei danni esterni derivanti da pregiudizi in materia di diritti umani e impatti ambientali nelle operazioni proprie della società, delle sue controllate e della catena del valore.

L'incidenza della CSDDD sulla CSRD risiede, inoltre, nell'imposizione alle grandi società che rientrano nel suo ambito di applicazione di adottare un piano per garantire che il modello di *business* e la strategia della società siano compatibili con la transizione verso un'economia sostenibile, compresa la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°, C in linea con l'accordo di Parigi su cui la CSRD richiede di riferire.

Per comprendere compiutamente il legame fra la CSDDD e la CSRD si deve porre mente a quanto segue: in primo luogo, un'adeguata raccolta di informazioni a fini di rendicontazione nell'ambito della proposta CSRD richiede l'istituzione di processi strettamente correlati all'identificazione degli impatti negativi in conformità con l'obbligo di *due diligence* predisposto dalla CSDDD; in secondo luogo, la CSRD riguarderà l'ultima fase dell'obbligo di *due diligence*, vale a dire la fase di rendicontazione per le società che sono anche coperte dal CSRD.

Va considerato, inoltre, che la CSDDD, l'SFDR e il regolamento sulla tassonomia sono strettamente correlati e tale correlazione condurrà ad importanti sinergie⁸. Ai sensi dell'SFDR, i partecipanti ai mercati finanziari e i consulenti finanziari sono tenuti a

⁷ V. S. FORTUNATO, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2019, I, pp. 415 ss., spec. pp. 418 ss. Secondo l'A. «indubbiamente la divulgazione delle informazioni non finanziarie con riguardo ai temi ambientali, sociali, di personale dipendente, di diritti umani e diversificazione dei componenti degli organi di *governance* solleva, a livello microeconomico, una delicata questione di *trade-off* tra costi e benefici». Sulle informazioni non finanziarie v. anche S. BRUNO, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 974 ss. e, con particolare riguardo al collegamento fra informazioni non finanziarie e interesse sociali, v. M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 993 ss.

⁸ Per un esame del collegamento fra tutte le iniziative legislative europee e la CSDDD v. C. MERLE - M. AZZOUZ - Y.W. TOPIN, *EU Social Taxonomy Proposal: simpler and meaningful but half-way through*, 24 marzo 2022 (disponibile online al link <https://gsh.cib.natixis.com/our-center-of-expertise/articles/eu-social-taxonomy-proposal-simpler-and-meaningful-but-half-way-through>); sui rapporti fra regolamento sulla tassonomia e governo societario si rinvia a M. COSSU, *Tassonomia finanziaria e normativa dei prodotti finanziari sostenibili e governo societario*, in *Banca impr. soc.*, 2022, pp. 433 ss. cui *adde* F. VAN DEN BOGART and D. NEVZAT (UK), *European Commission adopts legislative and regulatory package on sustainable finance*, April 22, 2021, disponibile online al link <https://www.regulationtomorrow.com/eu/european-commission-adopts-legislative-and-regulatory-package-on-sustainable-finance/>.

pubblicare, tra l'altro, una dichiarazione sulle loro politiche di *due diligence* in relazione ai principali impatti negativi delle loro decisioni di investimento sui fattori di sostenibilità.

La relazione sulla tassonomia copre le garanzie minime che fanno riferimento alle procedure che le società dovrebbero attuare per garantire l'allineamento con le Linee guida dell'OCSE per le imprese multinazionali⁹ e i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani (UN Guiding Principles on Business and Human Rights¹⁰, noti anche con l'acronimo UNGPs), compresi i principi e i diritti stabiliti nelle otto convenzioni fondamentali individuate nella Dichiarazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sui Principi e Diritti Fondamentali sul Lavoro e nella Carta Internazionale dei Diritti Umani quando si svolge un'attività economica classificata come "sostenibile". Così come la proposta di CSRD, neanche il regolamento sulla tassonomia¹¹ impone alle società obblighi sostanziali diversi dagli obblighi di comunicazione al pubblico: in questo senso, la CSDDD, richiedendo alle società di identificare i loro rischi avversi in tutte le loro operazioni e catene del valore, può aiutare a fornire informazioni più dettagliate agli investitori¹².

La CSDDD lascia impregiudicata l'applicazione di altri requisiti nei settori dei diritti umani, della protezione dell'ambiente e dei cambiamenti climatici previsti da ulteriori atti normativi della UE. In altri termini, lì dove le disposizioni della CSDDD hanno una portata più limitata di una disposizione di un altro atto legislativo dell'Unione che persegue gli stessi obiettivi e prevede obblighi più ampi o più specifici, le disposizioni dell'altro atto legislativo dell'Unione dovrebbero prevalere sulle disposizioni della CSDDD e dovrebbero applicarsi a detti obblighi specifici.

2. (Segue) La due diligence nella proposta di Corporate Sustainability Due diligence Directive (CSDDD).

Uno degli obiettivi principali della CSDDD è quello di promuovere un comportamento aziendale sostenibile e responsabile lungo l'intera catena del valore e che la *due diligence* riferita agli obblighi connessi agli impatti negativi legati all'ambiente e ai diritti umani non possa essere soltanto un'enunciazione di principio da inserire nello scopo della società ma che essa debba essere concretamente calata all'interno delle politiche aziendali in modo da

⁹ Cfr. OECD, *Guida dell'OCSE sul dovere di diligenza per la condotta d'impresa responsabile*, disponibile online al link <https://mneguidelines.oecd.org/Guida-dell-ocse-sul-dovere-di-diligenza-per-la-condotta-d-impresa-responsabile.pdf>.

¹⁰ «The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UN Guiding Principles) are the authoritative global standard on how to prevent and address business-related human rights harms. They expect states to adopt a smart mix of measures, mandatory and voluntary, national and international, to drive meaningful change in business behavior. The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (OECD Guidelines) are aligned with the UN Guiding Principles and cover a broader range of topics in addition to human rights, including the environment, and are supported by general and sector-specific guidance. The ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy reinforces these expectations, specifically in relation to due diligence regarding labor rights». Gli UN Guiding Principles sono disponibili online al link: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf; In dottrina per il concetto di "due diligence" cfr. BONNITCHA e MCCORQUODALE, *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2017, 28, pp. 910 ss.

¹¹ Si tratta del regolamento (UE) 2020/852 (*Taxonomy Regulation*). Per un esame di detto regolamento si rinvia a M.E. SALERNO, *L'integrazione dei fattori di sostenibilità nelle regole di comportamento dell'intermediario finanziario*, cit., pp. 63 ss.

¹² Sul punto v. C. MERLE - M. AZZOUZ - Y.W. TOPIN, *EU Social Taxonomy Proposal: simpler and meaningful but half-way through*, cit.

elevarla a obbligo degli amministratori non solo nei confronti degli azionisti ma anche, diremo soprattutto, nei confronti di tutti i portatori di interesse legati alla società ossia degli *stakeholder*¹³.

Con “catena del valore” (per usare il termine anglosassone, *value chain*¹⁴) si intendono: «le attività connesse alla produzione di beni o alla prestazione di servizi da parte di una società, compreso lo sviluppo del prodotto o del servizio e l'uso e lo smaltimento del prodotto, nonché le attività connesse dei rapporti commerciali stabiliti a monte e a valle della società. Per quanto riguarda le società ai sensi della lett. a), punto iv), la «catena del valore» connessa alla fornitura di tali servizi specifici comprende solo le attività dei clienti che ricevono tali prestiti, crediti e altri servizi finanziari e di altre società appartenenti allo stesso gruppo le cui attività sono collegate al contratto in questione. La catena del valore di tali imprese finanziarie regolamentate non copre le PMI che ricevono prestiti, crediti, finanziamenti, assicurazioni o riassicurazioni di tali entità» (v. art. 3, par. 1, lett. g) della CSDDD)¹⁵.

¹³ Per gli studi europei in tema di scopo della società si rinvia a, fra molti, H. FLEISCHER, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, in *European Company and Financial Law Review*, 2021, 18, pp. 161 ss.; KNAPP, *Sustainable Corporate Governance: A Way Forward?*, in *European Company and Financial Law Review*, 2021, pp. 218 ss.; B. SJÅFJEL, *Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business*, in *European Company and Financial Law Review*, 2021, pp.190 ss.; F. MÖSLEIN - K.E. SØRENSEN, *European Company Law*, 2021, https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/mosleinsorrensenfinal.pdf. Con riferimento specifico ai profili di *corporate purpose*, *shareholder value* e *stakeholder interest* nei paesi di *common law* (United Kingdom, Australia, Singapore e Hong Kong) cfr. L. ANG, *The start of history for corporate law: shifting paradigms of corporate purpose in the common law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 38, 3, 2021, pp. 427 ss.

Per le questioni relative all'evoluzione del concetto di scopo delle società in Italia e in Europa si rinvia a G. FERRARINI, *Corporate Purpose and Sustainability*, cit., pp. 10 ss.; G. RACUGNO - A. D. SCANO, *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità*, cit., p. 728 s. cui adde, con riferimento alla questione in oggetto e con uno sguardo specifico all'Italia la bibliografia citata *infra* alla nt. 23.

¹⁴ Tutto ruota intorno al termine “*value chain*” che, come correttamente affermato in dottrina, assume un significato diverso a seconda che si tratti di società di diritto comune o di intermediari finanziari: «Significantly, 'company' is defined to include corporates, banks, asset managers, funds and partnerships. These 'companies' will have an obligation to impose CSDDD obligations on entities in their 'value chains' with whom they have a direct business relationship through contractual assurances: For corporates, 'value chain' encompasses the activities of third parties involved in the production of goods or the provision of services by the company. For banks and other regulated financial undertakings, 'value chain' means clients receiving loans or other financial services» (Così C. MCGARRY - C. CONNELLAN - J. MACLENNAN - T. PULLINS - M. GEZ - M. CLARKE - A. HUBLET - W. DE CATELLE - K. BARKER, *The Global ESG Regulatory Framework toughens up*, cit. cui adde K. MAASKANT - J. KLEINEASCHOFF, *Corporate Sustainability and Due Diligence in the Supply Chain* (disponibile online al link <https://www.teneo.com/corporate-sustainability-and-due-diligence-in-the-supply-chain/>), February 28, 2022.

¹⁵ La CSDDD segue - e apparentemente trae ispirazione da - diverse leggi nazionali obbligatorie in materia di diritti umani e *due diligence* ambientale (*Human Rights Environmental Due Diligence*, HREDD), in particolare in Francia ("LdV") Germania ("GSCDDA") e Norvegia ("Transparency Act"). Fornisce una solida base giuridica e innovazioni per migliorare la responsabilità sociale, rafforzare il valore degli stakeholder e creare uno standard europeo e possibilmente globale per una condotta della società responsabile e sostenibile. Sul punto v. S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZEL - D. SCHÖNFELDER, *Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)*, *VerfBlog*, 2022/3/15 (disponibile online al link <https://verfassungsblog.de/due-diligence-around-the-world/>), Con riferimento specifico all'ordinamento francese, in un recente saggio si legge «A comparison of the French and EU texts shows that while the general inspiration and orientation are common, there are significant differences between the two models, in terms of scope, content of the obligations and enforcement. The European proposal appears more comprehensive, elaborate, detailed and threatening to the corporate status quo. It contains a series of technical references that should be clarified or corrected during the negotiation process towards the final text. It also reveals a number of policy choices different than those in the

Volendo sintetizzare l'azione prevista dalla Commissione, la CSDDD mira a:

1) migliorare le pratiche di governo societario per integrare adeguatamente i processi di gestione e di mitigazione dei rischi e degli impatti dei diritti umani e ambientali, compresi quelli derivanti dalle catene del valore, nelle strategie aziendali;

2) evitare la frammentazione degli obblighi di *due diligence* nel mercato unico e creare certezza giuridica per le imprese e le parti interessate per quanto riguarda il comportamento e la responsabilità previsti;

3) aumentare la responsabilità delle imprese per gli impatti negativi e garantire la coerenza per le imprese riguardo agli obblighi derivanti dalle iniziative dell'UE esistenti e alle proposte in materia di condotta responsabile delle imprese;

4) migliorare l'accesso ai mezzi di ricorso per le persone colpite da pregiudizi dei diritti umani e degli impatti ambientali del comportamento delle imprese;

5) posto che si tratta di uno strumento orizzontale incentrato sui processi aziendali, applicabile anche alla catena del valore, integrare altre misure in vigore o proposte, che affrontano direttamente alcune sfide specifiche in materia di sostenibilità o si applicano in alcuni settori specifici, principalmente all'interno dell'Unione¹⁶.

Più concretamente, le regole poste dalla CSDDD dovrebbero condurre ad una protezione maggiormente efficace dei diritti umani inclusi nelle convenzioni internazionali¹⁷; ad esempio, i lavoratori devono avere accesso a condizioni di lavoro sicure e sane. Analogamente, la CSDDD contribuirà ad evitare impatti ambientali negativi contrari alle principali convenzioni ambientali esistenti. Per raggiungere tali obiettivi, le imprese rientranti nel campo di applicazione dovranno adottare misure adeguate ("un obbligo di mezzi" come indicato nel Considerando n. 15 della CSDDD), alla luce della gravità e della probabilità di impatti diversi, delle misure a disposizione dell'impresa nelle circostanze specifiche e della necessità di stabilire priorità.

A giudizio di chi scrive, è molto importante ricordare quanto affermato dall'OECD circa la motivazione legata all'attuazione della *due diligence*: «Some business operations, products or services are inherently risky because they are likely to cause, contribute to, or be directly linked to adverse impacts on RBC issues. In other contexts, business operations may not be inherently risky, but circumstances (e.g. rule of law issues, lack of enforcement of standards, behaviour of business relationships) may result in risks of adverse impacts. Due diligence should help enterprises anticipate and prevent or mitigate these impacts. In some limited cases, due diligence may help them decide whether or not to go ahead with or discontinue operations or business relationships as a last resort, because the risk of an adverse impact is too high or because mitigation efforts have not been successful. Effectively preventing and

French law. These include 1) its application to a larger array of companies, including non-EU companies operating in Europe, 2) its provisions on climate change and 3) its imposition of a general directors' duty of care on various social and environmental matters, that are likely to raise strong national opposition» (così A. PIETRANCOSTA, Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives, Law Working Paper N° 639/2022 June 2022 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4083398, p. 5).

¹⁶ Alcuni studi svolti sulla CSDDD sono raccolti nella pagina web di TRIPONEL CONSULTING (v. link: <https://triponelconsulting.com/2022/03/04/discussions-on-the-corporate-sustainability-due-diligence-csdd-directive-begin-in-earnest/>). V. anche C. MALBERTI, *Il dibattito sulla Corporate Sustainability Due Diligence nell'Unione europea: prospettive evolutive*, relazione al Convegno su "La sostenibilità dell'attività di impresa", svolto a Venezia il 28 settembre 2022.

¹⁷ Per un'analisi della CSDDD con specifico riguardo ai rapporti umani si rinvia al rapporto predisposto per il Parlamento Europeo da C. METHVEN O'BRIEN - O, MARTIN-ORTEGA, *Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective*, May 2022, disponibile online al link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702560/EXPO_IDA\(2022\)702560_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702560/EXPO_IDA(2022)702560_EN.pdf).

mitigating adverse impacts may in turn also help an enterprise maximise positive contributions to society, improve stakeholder relationships and protect its reputation. Due diligence can help enterprises create more value, including by: identifying opportunities to reduce costs; improving understanding of markets and strategic sources of supply; strengthening management of company-specific business and operational risks; decreasing the probability of incidents relating to matters covered by the OECD Guidelines for MNEs; and decreasing exposure to systemic risks. An enterprise can also carry out due diligence to help it meet legal requirements pertaining to specific RBC issues, such as local labour, environmental, corporate governance, criminal or anti-bribery laws»¹⁸.

Il preambolo alla CSDDD espone i diversi fattori dai quali è scaturita l'esigenza di regole ulteriori e diverse che si riferiscono alla *due diligence*.

Innanzitutto, le imprese dell'UE operano in ambienti complessi e, in particolare, quelle di grandi dimensioni, si affidano a catene del valore presenti in tutto il mondo. Dato il numero significativo dei loro fornitori sia nell'Unione europea che nei paesi terzi e la complessità delle catene del valore, le imprese dell'UE, soprattutto quelle di grandi dimensioni, possono incontrare difficoltà nell'individuare e mitigare i rischi nelle loro catene del valore legati al rispetto dei diritti umani o agli impatti ambientali. Gli impatti negativi comprendono, in particolare, sia situazioni connesse ai diritti umani come il lavoro forzato, il lavoro minorile, l'inadeguatezza delle misure adottate in tema di salute e di sicurezza sul luogo di lavoro, lo sfruttamento dei lavoratori, sia gli impatti ambientali quali le emissioni di gas ad effetto serra, l'inquinamento o la perdita di biodiversità e il degrado degli ecosistemi. È opinione della Commissione che identificare questi impatti negativi nelle catene del valore diventerà più facile se più società eserciteranno la *due diligence* e quindi saranno disponibili più dati sia sui diritti umani che sugli impatti negativi ambientali.

In secondo luogo, per far fronte ai suddetti impatti negativi, la soluzione adottata da taluni Stati membri dell'Unione europea è stata quella di far ricorso per larga parte a norme a carattere volontario sia nazionali che sovranazionali. Tuttavia, tale soluzione non sembra aver portato a miglioramenti su larga scala in tutti i settori e, di conseguenza, si sono potute osservare esternalità negative nella produzione e nel consumo sia all'interno che all'esterno dell'Unione europea, tenendo conto altresì che alcune imprese dell'UE sono state associate a impatti negativi in materia di diritti umani e ambiente, anche nelle loro catene del valore.

Negli ultimi anni, le legislazioni degli Stati membri in materia di *due diligence* societaria riflettono la crescente propensione a sostenere le imprese nel loro sforzo di svolgere la *due diligence* nelle loro catene del valore e di promuovere comportamenti commerciali rispettosi dei diritti umani, dei diritti dei minori e dell'ambiente¹⁹. Tale atteggiamento se, da un lato, ha l'obiettivo di regolare in modo uniforme gli impatti negativi più volte citati, dall'altro lato, determina una frammentazione fra le scelte legislative degli Stati membri e rischia di

¹⁸ OECD, *OECD due diligence guidance for responsible business conduct*, disponibile online al link <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>, p. 16. Ho preferito riportare la versione in inglese perché in quella italiano la *due diligence* è sempre tradotta con "dovere di diligenza".

¹⁹ Nell'ordinamento italiano si fa riferimento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recentemente modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184, UNGuiding recante la "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300".

compromettere la certezza del diritto e le condizioni di parità per le imprese operanti nel mercato unico europeo²⁰.

A ciò si deve aggiungere un altro fattore di distorsione. Soprattutto le imprese multinazionali, a seconda di come strutturano le loro operazioni nel mercato interno, potrebbero essere assoggettate contemporaneamente alle norme di due o più sistemi giuridici nazionali diversi regolanti il governo societario sostenibile. Ciò potrebbe comportare la duplicazione dei requisiti, difficoltà di rispetto della conformità, mancanza di certezza giuridica per le imprese e persino requisiti giuridici paralleli reciprocamente incompatibili. Al contrario, alcune società potrebbero non rientrare nell'ambito di applicazione di alcun quadro nazionale per il semplice motivo che non hanno legami specifici ai sensi del diritto nazionale con la giurisdizione di uno Stato membro che dispone di norme in materia di *due diligence* e che, in tal modo, otterrebbe un vantaggio rispetto ai loro concorrenti.

La CSDDD mira, inoltre, ad eliminare anche le distorsioni connesse alla disciplina della responsabilità civile in caso di danni causati nella catena del valore di una società. Alcuni quadri giuridici nazionali in materia di *due diligence* includono espressamente un regime di responsabilità civile legato alla mancata esecuzione della *due diligence*, mentre altri escludono uno specifico regime di detta responsabilità. Si deve considerare che un certo numero di società è stato già portato davanti ai tribunali per aver causato o non essere riuscita a prevenire impatti negativi a livello delle loro filiali o delle catene del valore.

Tali casi sono decisi oggi sulla base di regole diverse. In assenza di norme comuni, regimi nazionali di responsabilità divergenti possono portare a risultati diversi a seconda che vi sia un controllo interno alla società (per quanto riguarda le controllate) o un controllo fattuale (attraverso contratti diretti o laddove il controllo potrebbe essere esercitato dalla società attraverso un rapporto contrattuale o altri fattori leva nei rapporti commerciali indiretti). Tale frammentazione comporterebbe distorsioni della concorrenza nel mercato interno, in quanto un'impresa situata in uno Stato membro sarebbe soggetta a richieste di risarcimento danni a causa di danni causati nella sua catena del valore, mentre un'impresa con la stessa catena del valore sarebbe esentata da tale rischio finanziario e reputazionale a causa della diversità delle norme vigenti in quel paese.

Il regime di responsabilità civile proposto chiarirebbe quali norme applicare nel caso in cui si verifichi un danno nell'attività di una società, a livello delle sue controllate²¹ e a livello di relazioni commerciali dirette e indirette nella catena del valore.

In estrema sintesi, il motivo della scelta di legiferare in materia attraverso una direttiva deriva sostanzialmente dal diverso atteggiamento degli Stati membri con riferimento agli obblighi di *due diligence* in materia di sostenibilità delle società; ciò ha imposto, al contempo, alla CSDDD di occuparsi, nella misura in cui ciò sia collegato alla *due diligence*, dei doveri

²⁰ In particolare, v. Loi n° 2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre [Law No. 2017-399 of 27 March 2017 on the corporate duty of vigilance for parent and instructing companies] (Francia); LOV-2021-06-18-99 om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven) [Act No. 99 of 18 June 2021 relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act)] (Norvegia); Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16. July 2021 (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz) [Act on Due Diligence Obligations in Supply Chains of 16 July 2021 (Supply Chain Act)] (Germania)].

²¹ Per l'esame specifico della *corporate sustainability due diligence* riferita ai gruppi di società, cfr., da ultimo, K.E. SØRENSEN, *Corporate Sustainability Due Diligence in Groups of Companies* (June 21, 2022). Nordic & European Company Law Working Paper No. 22-02, disponibile online al link <https://ssrn.com/abstract=4141862>.

degli amministratori e dei sistemi di gestione aziendale necessari al fine di attuare la *due diligence* prevedendo processi e misure per la tutela degli interessi dei soci e delle parti interessate alle società che rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione.

L'obiettivo del presente lavoro è l'analisi, seppure parziale, della CSDDD per comprendere, innanzitutto, le sue interazioni con altri provvedimenti europei che pure hanno ad oggetto la *due diligence* e per individuare, dunque, le specificità degli obiettivi che la CSDDD intende raggiungere e delle azioni che le imprese sono obbligate ad intraprendere.

Va da sé che l'esame delle norme relative alla *due diligence* legata alla sostenibilità ambientale e ai diritti umani secondo la proposta di direttiva che stiamo analizzando non può prescindere dal dibattito tuttora in corso circa l'evoluzione del concetto di "scopo" della società, tenendo conto che la sostenibilità di cui si parla coinvolge una molteplicità di interessi, compresi naturalmente quelli degli *stakeholders*²².

Pertanto, nel corso del lavoro si terranno in considerazione anche le recenti posizioni della dottrina e di taluni legislatori ed associazioni di categoria, con particolare riguardo alle società quotate, in merito allo scopo delle società e alla sua curvatura in chiave di sostenibilità ambientale e sociale, anche nella prospettiva dell'interesse delle società.

Provando ad anticipare una conclusione tra quelle possibili, sembra che la Commissione abbia preferito lo strumento della direttiva soprattutto perché non ha ritenuto efficace la semplice introduzione all'interno dello scopo della società²³ il riferimento alla sostenibilità ambientale e ai diritti umani (si vedano l'esperienza fallimentare del Companies Act inglese, solo per fare un esempio) ma che a tal fine sia invece indispensabile che le società cui la direttiva si rivolge debbano conformarsi a determinate procedure per il raggiungimento di risultati esterni alla società.

3. L'ambito soggettivo: alcune questioni.

L'ambito soggettivo delle regole contenute nella CSDDD risulta molto ampio perché coinvolge tre gruppi di soggetti.

²² Sullo specifico rapporto fra scopo delle società e la dicotomia fra azionisti e *stakeholder*, v. B. SJÅFJELL - J. MÄHÖNEN, University of Oslo - Faculty Corporate purpose and the misleading shareholder vs stakeholder dichotomy, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2022-43 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4039565).

²³ Il tema dello scopo della società e della sua valenza alla luce delle nuove legislazioni domestiche ed europee ha suscitato grande interesse, soprattutto negli ultimi due anni anche da parte della dottrina italiana. Sul punto v. P. MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 303 ss.; G. B. PORTALE, *Diritto societario tedesco e diritto societario italiano in dialogo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, pp. 597 ss.; G. FERRARINI, *An Alternative View of Corporate Purpose: Colin Mayer on Property*, in *Riv. soc.*, 2020, pp. 27 ss.; C. FRIGENI, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Emergenze pandemica e restrizioni alle distribuzioni a favore degli azionisti: spunti in tema di corporate purpose*, in *Riv. soc.*, 2020, pp. 482 ss.; P. VENTORUZZO, *Brief Remarks on "Property" by Colin Mayer and the often Misunderstood Notion of Corporate Purpose*, in *Riv. soc.*, 2020, pp.43 ss.; F. DENOZZA, *Lo scopo della società tra short-termism e stakeholder empowerment*, in *Studi di Diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, a cura di Costa et al., Torino, Giappichelli, 2021, pp. 281-307; G. FERRARINI, *Redefining corporate purpose: sustainability as a game changer*, in *Sustainable finance in Europe: corporate governance, financial stability and financial markets*, edited by Busch, Ferrarini, Grünwald, 2021, pp. 85-150; U. TOMBARI, *Corporate power and conflicting interests: what purpose and whose interests should corporate directors pursue?*, Milano, Giuffrè, 2021; ID. *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 2 ss.

In primo luogo, le norme introdotte dalla CSDDD troveranno applicazione per le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e che soddisfano una delle seguenti condizioni:

a) in media più di 500 dipendenti e un fatturato netto mondiale superiore a 150 milioni di EUR nell'ultimo esercizio finanziario per il quale sono stati redatti bilanci annuali;

b) in alternativa, in media più di 250 dipendenti e un fatturato netto mondiale superiore a 40 milioni di EUR nell'ultimo esercizio finanziario per il quale sono stati redatti bilanci annuali, a condizione che almeno il 50% di tale fatturato netto sia generato in uno o più dei seguenti settori:

1) fabbricazione di prodotti tessili, di cuoio e di prodotti correlati (comprese le calzature) e commercio all'ingrosso di prodotti tessili, abbigliamento e calzature;

2) agricoltura, silvicoltura, pesca (compresa l'acquacoltura), fabbricazione di prodotti alimentari e commercio all'ingrosso di materie prime agricole, animali vivi, legno, alimenti e bevande;

3) estrazione di risorse minerarie indipendentemente dal luogo da cui sono estratte (compresi il petrolio greggio, il gas naturale, il carbone, la lignite, i metalli e i minerali metallici, nonché tutti gli altri minerali non metallici e i prodotti di cava), fabbricazione di prodotti metallici di base, altri prodotti minerali non metallici e prodotti metallici fabbricati (esclusi macchinari e attrezzature) e commercio all'ingrosso di risorse minerarie; prodotti minerali di base e intermedi (compresi metalli e minerali metallici, materiali da costruzione, combustibili, prodotti chimici e altri prodotti intermedi)²⁴ (art. 2, par. 1 della CSDDD).

Ai fini dell'indicatore di cui alla lett. a), il numero di dipendenti a tempo parziale è calcolato su base equivalente al numero dei dipendenti a tempo pieno. I lavoratori tramite agenzia interinale sono inclusi nel calcolo del numero di dipendenti come se fossero lavoratori impiegati direttamente per lo stesso periodo di tempo dalla società (art. 3, par. 3 della CSDDD). Si specifica altresì che, sempre con riferimento alle società di cui al paragrafo 1, lo Stato membro competente a regolare le materie disciplinate dalla CSDDD è lo Stato membro in cui la società ha la sede sociale (art. 3, par. 4 della CSDDD).

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 2, par. 2, la CSDDD estende l'applicazione delle regole anche alle società di paesi terzi, ed in tale ipotesi si specifica che i criteri utilizzati per definire l'ambito di applicazione delle società dell'UE e di paesi terzi contemplate non sono gli stessi, ma garantiscono che le società di paesi terzi non rientrino maggiormente nell'ambito di applicazione. Per loro viene utilizzata una soglia di fatturato netto (150 milioni di EUR per il gruppo 1 e 40 milioni di EUR per il gruppo 2), ma tutto il fatturato deve essere generato nell'Unione. Le imprese dell'UE, a loro volta, devono avere un fatturato netto di 150 milioni di EUR generato in tutto il mondo e devono soddisfare anche un criterio in termini di dipendenti (oltre 500 dipendenti nel gruppo 1 e oltre 250 dipendenti nel gruppo 2)²⁵.

²⁴ V. il Considerando n. 22 della CSDDD.

²⁵ V. art. 2, par. 2 della CSDDD secondo il quale essa trova applicazione anche «alle società costituite conformemente alla legislazione di un paese terzo e che soddisfano una delle seguenti condizioni:

a) ha generato un fatturato netto di oltre 150 milioni di EUR nell'Unione nell'esercizio finanziario precedente l'ultimo esercizio finanziario;

b) ha generato un fatturato netto superiore a 40 milioni di EUR ma non superiore a 150 milioni di EUR nell'Unione nell'esercizio finanziario precedente l'ultimo esercizio finanziario, a condizione che almeno il 50% del suo fatturato netto a livello mondiale sia stato generato in uno o più dei settori di cui al par. 1, lett. b)».

Come spiegato nel preambolo alla CSDDD la differenza nei criteri utilizzati è giustificata dai seguenti motivi.

Un'ultima importante osservazione circa l'ambito soggettivo di applicazione della CSDDD.

Per la sua esatta individuazione, particolare importanza riveste la definizione di società fornita dall'art. 3, par. 1, lett. a) nella quale non sono ricomprese solo le società di "diritto comune" ma anche quelle di "diritto speciale" e fra queste, in particolare, gli intermediari del mercato finanziario ²⁶.

Con riferimento alle imprese finanziarie regolamentate che erogano servizi di prestito, di credito o altri servizi finanziari, il Considerando n. 19 della CSDDD prevede più specificatamente che per esse «la "catena del valore" relativa alla prestazione di tali servizi dovrebbe essere limitata alle attività dei clienti che li ricevono e delle loro filiazioni che svolgono attività collegate al contratto in questione. Non dovrebbero essere considerati parte della catena del valore i clienti costituiti da famiglie e persone fisiche che non agiscono a titolo professionale o commerciale né le piccole e medie imprese. È opportuno non contemplare le attività delle società o di altri soggetti giuridici inclusi nella catena del valore di tali clienti». Questa limitazione è stata oggetto di forte critica come si vedrà più avanti²⁷.

Sempre con riferimento all'ambito soggettivo, deve essere posto l'accento sul Considerando n. 20 della CSDDD secondo il quale «la presente direttiva dovrebbe limitare gli obblighi di diligenza ai rapporti d'affari consolidati" e ciò "al fine di consentire alle

In primo luogo, il criterio del fatturato dell'UE per le imprese di paesi terzi crea un collegamento con l'UE. L'inclusione del solo fatturato generato nell'Unione è giustificata dal momento che tale soglia, opportunamente calibrata, crea un collegamento territoriale tra le società di paesi terzi e l'Unione in base agli effetti che le attività di tali società possono avere sul mercato interno dell'UE, il che è sufficiente per l'applicazione del diritto dell'Unione alle società di paesi terzi.

In secondo luogo, la direttiva sulla rendicontazione paese per paese - una modifica della direttiva contabile - ha già stabilito i metodi per il calcolo del fatturato netto per le società di paesi terzi, mentre tale metodologia non esiste per calcolare il numero di dipendenti delle società di paesi terzi. L'esperienza con la legge francese che regola la *due diligence* dimostra che, in assenza di una definizione comune di dipendente, il numero di dipendenti (in tutto il mondo) è difficile da calcolare, il che ostacola l'identificazione di quali società di paesi terzi rientrano nel campo di applicazione, impedendo l'effettiva applicazione delle norme²⁵.

In terzo luogo, l'utilizzo di criteri sia per i dipendenti che per il fatturato per le imprese dell'UE garantirebbe un migliore allineamento con la CSDDD sulla rendicontazione della sostenibilità delle società, che dovrebbe essere utilizzata per la segnalazione delle misure e delle politiche di *due diligence* per le imprese dell'UE.

Infine, sebbene la direttiva riguarderà circa 13 000 società dell'UE, sulla base delle stime della Commissione, riguarderà solo circa 4 000 società di paesi terzi. Il fatto che le imprese dell'UE saranno coperte solo se raggiungeranno anche il limite minimo del numero di dipendenti è molto improbabile che cambi le condizioni di concorrenza nel mercato interno dell'UE: i due criteri dimensionali applicabili alle imprese dell'UE, anche se cumulativi, comporteranno la copertura di imprese relativamente più piccole rispetto alle società non UE a causa del fatto che, nel loro caso, deve essere preso in considerazione l'intero fatturato netto mondiale della società.

²⁶ Per il diverso concetto di catena di valore riferito agli intermediari finanziari v. *supra* nota 14.

Sono state mosse alcune critiche con riferimento all'applicazione della CSDDD agli intermediari finanziari in quanto la CSDDD limita in tal caso la *due diligence* alle attività dei loro grandi clienti (e di altre società del loro gruppo societario) ed esclude di contro i rischi derivanti dalle catene del valore di tali clienti, non risultando più coerente con le linee guida esplicite sul settore finanziario emanate dall'OCSE, né con la crescente prassi emersa nel settore finanziario. Secondo taluni, limitando la *due diligence* da parte delle società del settore finanziario alla fase precontrattuale dei rapporti e alle attività dei grandi clienti delle società, la CSDDD non tiene conto che tali società stanno già dimostrando la fattibilità e i benefici derivanti dagli sforzi di *due diligence* già compiuti verso i rischi di sostenibilità più gravi - in base ai settori nei quali operano i loro clienti, contesti operativi e catene del valore che utilizzano la leva per affrontarli per tutta la durata della relazione".

²⁷ V. *infra* par. 8.

società di individuare adeguatamente gli impatti negativi nella catena del valore cui partecipano e di esercitare un adeguato effetto leva”; si aggiunge inoltre che “per rapporti d'affari consolidati si dovrebbero intendere i rapporti d'affari diretti e indiretti che, per intensità e periodo interessato, sono duraturi o si prevede che lo saranno e che rappresentano una parte non trascurabile né meramente accessoria della catena del valore»²⁸.

L'ambito soggettivo così costruito pone alcuni interrogativi che qui proviamo solo a riportare senza tentare di fornire soluzioni posto che quest'ultime richiederanno almeno qualche anno di applicazione della futura direttiva²⁹.

²⁸ Secondo alcuni commentatori della proposta in esame, l'ambito soggettivo delineato dalla CSDDD non sarebbe in linea con gli UNGPs, in quanto questi ultimi «*deliberately did not limit the scope of due diligence to a particular set of closely related business relationships such as 'established business relationships' precisely because this would have led companies into looking for risks and impacts primarily among their strategic suppliers and other proximate relationships, and ignoring impacts in more remote parts of the value chain, where they are often more severe. It also would have grounded the responsibility to do due diligence in a concept that lends itself to being gamed through legal or tactical decisions to manage value chain relationships in ways that avoid them coming into scope. For instance, the use of 'established business relationships' creates incentives for companies to avoid relationships that would need to be categorized as 'lasting' and thus within scope of the due diligence duty. In the recitals to the draft Directive, paragraph 20 states that limiting the scope of due diligence to 'established business relationships' is necessary to 'allow companies to properly identify the adverse impacts in their value chain and to make it possible for them to exercise appropriate leverage.'* Yet Professor Ruggie was explicit in the development of the UN Guiding Principles that the extent of leverage is not an appropriate basis for determining the responsibility of companies. Instead, it is the fact of a potential or actual impact being connected with a company's operations, products or services that generates the responsibility, from which flows a discussion of what leverage the company has or can reasonably create in order to effect change. To make leverage the basis for determining the scope of due diligence runs directly counter to the UN Guiding Principles and OECD Guidelines and reduces the potential of the Directive to deliver on its own stated aim of improving corporate accountability for adverse impacts throughout the value chain». Così SHIFT, *The EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, (SHIFTS ANALYSIS), March 2022 (disponibile online al link: <https://shiftproject.org/resource/eu-csdd-proposal/shifts-analysis/>), p. 4. Dello stesso avviso è anche C. MAK, *Corporate sustainability due diligence: More than ticking the boxes?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, Vol. 29(3), p. 302 s.

²⁹ Oltre alle questioni di cui si è discusso nei paragrafi precedenti, ulteriori critiche sono state mosse alla CSDDD.

Una delle prime critiche attiene al suo ambito soggettivo di applicazione e, in particolare, all'esclusione totale delle piccole e medie imprese che non è apparsa ai più giustificata, soprattutto se si pone mente alla circostanza che la CSDDD troverà applicazione anche per gli intermediari finanziari.

Da taluni è stato sottolineato che le nuove norme troveranno applicazione solo per una percentuale molto piccola di tutte le società dell'UE; ciò vuol dire che molto probabilmente le società di più grandi dimensioni aiuteranno i loro fornitori in modo che essi possano adempiere ai loro obblighi e ad assumersi almeno in parte il rischio legato alla responsabilità dell'inadempimento. Infatti, la CSDDD prevede espressamente che le imprese ottengano “garanzie contrattuali” dai partner commerciali e quindi verifichino la conformità, assicurando che tutte le condizioni contrattuali con le PMI siano “eque, ragionevoli e non discriminatorie” (v. art. 7 della CSDDD).

Sebbene non sia chiaro come si possano concretamente manifestare queste “garanzie contrattuali”, la Commissione ha anticipato l'intenzione di pubblicare una serie di clausole modello per assistere le imprese. Così facendo, però, qualcuno teme che la *due diligence* legata alla sostenibilità si risolva in concreto in una mera attività di “spunta delle caselle” con cui la responsabilità viene trasferita lungo tutte le catene di approvvigionamento e di valore da parte di società il cui comportamento, invece, dovrebbe essere regolato dalla CSDDD.

Altre critiche sono state mosse con riferimento all'applicazione della CSDDD agli intermediari finanziari in quanto la CSDDD limita in tal caso la due diligence alle attività dei loro grandi clienti (e di altre società del loro gruppo societario) ed esclude di contro i rischi derivanti dalle catene del valore di tali clienti, non risultando più coerente con le linee guida esplicite sul settore finanziario emanate dall'OCSE, né con la crescente prassi emersa nel settore finanziario. Secondo taluni, limitando la due diligence da parte delle società

Innanzitutto, è proprio sicuro che l'esclusione dall'ambito soggettivo delle altre società, quelle per così dire "sottosoglia", non pregiudichi a livello generale il raggiungimento degli obiettivi della sostenibilità? O forse si è voluto "colpire" le grandi società perché così meglio si cattura l'attenzione dell'opinione pubblica? O ancora, il costo della sostenibilità è stato forse ritenuto eccessivo per le società di più modeste dimensioni?

A queste domande si può aggiungere una brevissima considerazione: sembra facile prevedere che le regole introdotte dalla CSDDD avranno un impatto considerevole su tutte le società e sulla loro *governance* con particolare riguardo agli obblighi dei loro amministratori delle società in generale ma ancora di più sugli amministratori delle società operanti nel mercato finanziario³⁰.

4. *L'inserimento della due diligence nelle politiche aziendali e le azioni da intraprendere per la sua attuazione: cenni.*

Entrando nel vivo della *due diligence*, l'art. 4 della CSDDD prevede che gli Stati membri assicurano che le società esercitano la *due diligence* in materia ambientale e di diritti umani di cui agli artt. da 5 a 11 ("*due diligence*") attuando le seguenti azioni:

- a) integrare la *due diligence* nelle loro politiche conformemente all'art. 5;
- b) individuare gli impatti negativi effettivi o potenziali conformemente all'art. 6;
- c) prevenire e attenuare i potenziali impatti negativi e porre fine agli impatti negativi effettivi e ridurre al minimo la portata conformemente agli artt. 7 e 8;
- d) istituire e mantenere una procedura di reclamo a norma dell'art. 9;
- e) monitorare l'efficacia della loro politica e delle loro misure in materia di *due diligence* conformemente all'art. 10;
- f) comunicare al pubblico in tema di *due diligence* conformemente all'art. 11.

L'art. 4, par. 2 della CSDDD prevede altresì che spetta agli Stati membri provvedere affinché, ai fini della *due diligence*, le società abbiano il diritto di condividere risorse e informazioni all'interno dei rispettivi gruppi di società e con altri soggetti giuridici nel rispetto del diritto della concorrenza applicabile.

Iniziando dall'attività di cui alla lett. a), ossia della integrazione della *due diligence* nelle politiche aziendali, l'art. 5 della CSDDD stabilisce che gli Stati membri assicurano che le società integrino la *due diligence* in tutte le loro politiche societarie e dispongano di una politica di *due diligence*.

La politica di *due diligence* contiene tutti i seguenti elementi:

- 1) una descrizione dell'approccio della società, anche a lungo termine, alla *due diligence*;
- 2) un codice di condotta che descriva le regole e i principi che i dipendenti e le filiazioni della società devono seguire;

del settore finanziario alla fase precontrattuale dei rapporti e alle attività dei grandi clienti delle società, la CSDDD non tiene conto che tali società stanno già dimostrando la fattibilità e i benefici derivanti dagli sforzi di *due diligence* già compiuti verso i rischi di sostenibilità più gravi – in base ai settori nei quali operano i loro clienti, contesti operativi e catene del valore – e utilizzando la leva per affrontarli per tutta la durata della relazione .

³⁰ Sugli aspetti normativi legati alla *corporate governance* e alla gestione dei rischi v. da ultimo le relazioni di I. CAPELLI, M. COSSU, A. MIRONE, P. MONTALENTI, A. PERRONE e D. SEMEGHINI al convegno «*Shareholder Value e Consumer Welfare: due teorie "neoliberali" al tramonto?*», Roma, 14 e 15 aprile 2023.

3) una descrizione dei processi posti in essere per attuare la *due diligence*, comprese le misure adottate per verificare il rispetto del codice di condotta ed estenderne l'applicazione ai rapporti d'affari instaurati.

L'art. 5, par. 2 prevede che gli Stati membri provvedono affinché le società aggiornino annualmente la loro politica in materia di *due diligence*.

La norma è di estrema importanza e supera molti dei dubbi espressi dalla dottrina italiana in merito alla reale efficacia della considerazione dei cd ESG (*Environmental Sustainable Governance*³¹) per un possibile ed eventuale loro inserimento all'interno dello scopo della società³², ovvero previsti all'interno delle regole di condotta degli amministratori come risultano dai codici di comportamento³³ che, per quanto già detto

³¹ Per un esame completo della legislazione europea in tema di ESG e sostenibilità si rinvia a A. BROZZETTI, *La transizione verde europea e lo sviluppo sostenibile: rinnovate coordinate di fondo per sistema finanziario e imprese*, in *Dir. banc.*, 2022, I, pp. 411 ss.; M. E. SALERNO, *L'integrazione dei fattori di sostenibilità nelle regole di comportamento dell'intermediario finanziario: un ritorno al modello di distribuzione "orientato al prodotto"*, cit., pp. 53 ss.; SIRI - ZHU, *L'integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli interessi*, cit. pp. 3 ss.

³² Dopo decenni di inattività, lo scopo sociale è tornato a essere un argomento di discussione caldo all'interno del diritto societario e, in particolare, del governo societario. Negli ultimi anni, lo scopo sociale è stato portato a termine all'avanguardia attraverso una serie di iniziative, che vanno da quelle legislative come gli emendamenti del 2019 nel codice civile francese e nel *Companies Act* 2006 inglese [v. la *Section 172* (1) e sul punto si rinvia al rapporto ASSONIME *Doveri degli amministratori e sostenibilità*, Rapporto Assonime 18 marzo 2021, (disponibile online al link https://asvis.it/public/asvis2/files/Eventi_Flash_news/Note_e_Studi_6-2021.pdf), pp. 54 ss.], a quelle che hanno riguardato i Codici di Autodisciplina in diversi paesi europei, quindi Paesi Bassi (2016), Regno Unito (2018), Germania (2019), Danimarca (2020), Francia (2020), Belgio (2020), Italia (2020), Spagna (2020), Austria (2021) e Norvegia (2021).

Nell'Unione Europea, la discussione su come integrare la sostenibilità nel diritto societario e nel governo societario ha ulteriormente portato in primo piano il dibattito sullo scopo sociale e sul significato dell'aggettivo "sociale". V. anche ASSONIME, *Doveri degli amministratori e sostenibilità* (Rapporto Assonime 18 marzo 2021) cit. cui *adde* P.K. HANSEN (a cura di), *Response to the Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance* by Nordic Company Law Scholars Jesper Lau Hansen University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2020-10 (disponibile online al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3709762).

³³ In Italia, è stato il Codice di autodisciplina della società quotate, come modificato nel 2020, ad aprire il dibattito sulla sostenibilità ed il successo sostenibile come guida dell'agire degli amministratori (v. art. 1). Sul punto v. L. CALVOSA, *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in *Riv. soc.*, 2022, pp. 309 ss.; M. CIAN, *Dottrina sociale della Chiesa, sviluppo e finanza sostenibili: contributi recenti*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 53 ss.; P. CUOMO, *Il consiglio di amministrazione e la gestione dell'impresa nel codice di corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 79 ss.; L. ENRIQUES, *Missing in Frieman's Shareholder Value Maximization Credo: The Shareholders*, in *Riv. soc.*, 2020, pp. 1286 ss.; G. FERRARINI, *Governare la sostenibilità: gli amministratori indipendenti come protagonisti del cambiamento*, in *Bancaria*, 2019, n. 4, pp. 14 ss.; P.G. MARCHETTI, *Il nuovo Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2020, pp. 268 ss.; E. RICCIARDIELLO, *Sustainability and going concern*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, pp. 1 ss. (disponibile al link https://blog.ilcaso.it/news_1196/13-10-21/Sustainability_and_going_concern.); M. STELLA RICHTER jr., *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm.*, I, 2021, pp. 416 ss., spec. pp. 420 ss.; ID., *Long-Termism*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 16 ss.; P. VENTORUZZO, *Il nuovo Codice di Corporate Governance 2020: le principali novità*, in *Società*, 2020, 4, pp. 939 ss.; P. CUOMO, *Il consiglio di amministrazione e la gestione dell'impresa nel codice di corporate governance*, in *Riv. soc.*, pp. 79 ss, spec. pp. 86 ss. Con riferimento al diritto speciale, in particolare a quello delle società quotate e quello relativo a banche e assicurazioni, cfr. F. VELLA, *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, in *Banca, impresa e società*, 2014, pp. 289 ss., spec. pp. 290 ss.

Si veda anche ASSONIME, *Doveri degli amministratori e sostenibilità*, Note e Studi, n. 6/2021 (https://asvis.it/public/asvis2/files/Eventi_Flash_news/Note_e_Studi_6-2021.pdf) e ID. *Corporate Governance in Italy: the implementation of the Italian Corporate Governance Code*, Note e Studi n. 4/2022

pocanzi, risultano essere non solo inefficaci ma anche dannosi in quanto creano una frammentazione fra le discipline presenti nell'Unione Europea.

Fra le azioni da attuare per la *due diligence*, l'art. 4 della CSDDD prevede:

- 1) l'individuazione degli impatti negativi effettivi o potenziali;
- 2) la prevenzione e l'attenuazione dei potenziali impatti negativi;
- 3) la messa in atto di azione al fine di porre fine agli impatti negativi effettivi e ridurne al minimo la portata.

Vanno innanzitutto premesse le definizioni di "impatto ambientale negativo", "impatto negativo sui diritti umani" e "impatto negativo grave": a) per impatto ambientale negativo s'intende un impatto derivante dalla violazione di uno dei divieti e degli obblighi previsti dalle convenzioni ambientali internazionali elencate nell'allegato, parte II della CSDDD; b) l'impatto negativo sui diritti umani è un impatto negativo sulle persone protette derivante dalla violazione di uno dei diritti o divieti elencati nell'allegato, parte I, sezione 1 della CSDDD, sancito dalle convenzioni internazionali elencate nell'allegato, parte I, sezione 2 della CSDDD; infine c) l'impatto negativo grave è un impatto negativo sull'ambiente o un impatto negativo sui diritti umani che è particolarmente significativo per sua natura, o colpisce un gran numero di persone o una vasta area dell'ambiente, o che è irreversibile, o è particolarmente difficile da rimediare a seguito delle misure necessarie per ripristinare la situazione prima dell'impatto.

Stante lo specifico oggetto del presente lavoro, l'analisi ora proseguirà concentrandosi principalmente, se non esclusivamente, su quei profili che più di ogni altri, qualora la proposta di CSDDD diventasse definitiva così come è stata presentata, potrebbero andare ad incidere sul diritto societario italiano.

Ci si vuole riferire a tre profili: a) la responsabilità civile delle società; b) il dovere degli amministratori di "agire al meglio" e c) la remunerazione degli amministratori, profilo che la CSDDD lega solo alla lotta ai cambiamenti climatici.

5. La responsabilità civile delle società.

Gli ultimi cinque articoli della CSDDD, dal 22 al 26, sono dedicati in parte alla responsabilità civile (artt. 22-24) e in parte ai doveri degli amministratori legati alla *due diligence* e, in particolare, al dovere di "agire al meglio".

La circostanza che alle materie indicate siano state lasciate poche norme è stata oggetto di numerose critiche, delle quali sarà dato conto nel prosieguo della trattazione, soprattutto

(https://www.assonime.it/_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=https://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Documents/Note%20e%20Studi%204-2022.pdf).

Va altresì ricordata la legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente" (pubblicata in *G.U.* n. 44 del 22 febbraio 2022) ha, in particolare: 1) integrato l'art. 9 Cost., introducendo tra i principi fondamentali la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni e stabilendo, altresì, che la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali; 2) modificando, inoltre, l'art. 41 Cost., prevedendo che l'iniziativa economica non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente e che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini ambientali (cfr. C. F. GIAMPAOLINO, *La tutela ambientale in Costituzione alleata con i principi Esg* (L'intreccio. I nuovi articoli 9 e 41 della Carta pongono un limite all'attività imprenditoriale che è in linea con la responsabilità ecologica e sociale), in *IlSole24* del 6 marzo 2022 e U. TOMBARI, *Riflessioni sullo "statuto organizzativo" dell'"impresa sostenibile" tra diritto italiano e diritto europeo*, cit., p. 138).

se si pone mente al fatto che lo specifico dettaglio delle materie indicate è lasciato alle singole legislazioni degli Stati membri e, così facendo, si rischia di vanificare gli obiettivi prefissati dalla CSDDD, ossia il livellamento del piano di gioco al fine di evitare distorsioni derivanti da differenziali di legislazione che potrebbero danneggiare in special modo le società multinazionali che operano in più Stati.

A dimostrazione di quanto appena detto, e partendo dalla responsabilità civile, nel preambolo alla CSDDD si legge, infatti, che le distorsioni derivanti dalla disomogeneità delle legislazioni degli Stati membri nella materia di cui si tratta sono rilevanti anche con riferimento alla responsabilità civile derivante da danni causati nella catena del valore di una società³⁴.

In assenza di norme comuni, le diversità fra le legislazioni nazionali possono condurre a risultati diversi a seconda che sussista oppure no un controllo derivante dalla detenzione di partecipazioni al capitale (per quanto riguarda le controllate) ossia un controllo di fatto, attraverso contratti diretti o attraverso una cascata contrattuale o altri fattori leva nei rapporti commerciali indiretti.

Da tale frammentazione potrebbero derivare, come già ricordato in premessa, rilevanti distorsioni sul piano della concorrenza nel mercato interno, in quanto un'impresa situata in uno Stato membro potrebbe essere soggetta a richieste di risarcimento dei danni in virtù di danni causati nella sua catena del valore, mentre un'impresa con la stessa catena del valore potrebbe essere esentata da tale rischio finanziario e reputazionale in applicazione di diverse norme nazionali.

Tanto premesso, posto che l'effettiva applicazione dell'obbligo di *due diligence* è fondamentale per conseguire gli obiettivi dell'iniziativa, la CSDDD prevede una combinazione di sanzioni e responsabilità civile³⁵.

La responsabilità civile è costruita dalla CSDDD su due livelli.

Ai sensi dell'art. 22 della CSDDD gli Stati membri devono prevedere affinché le società siano responsabili dei danni se:

a) non hanno rispettato gli obblighi di cui agli artt. 7 e 8 della CSDDD³⁶ e

b) a seguito di tale inadempienza si è verificato un impatto negativo che avrebbe dovuto essere individuato, prevenuto, attutito, arrestato o minimizzato nell'entità mediante le misure adeguate previste agli artt. 7 e 8 citt., e che ha causato danni.

L'azione per la responsabilità civile presuppone due condizioni congiunte:

³⁴ Per l'individuazione degli obiettivi della norma citata v. il Considerando n. 56 della CSDDD.

³⁵ Il Considerando n. 60 della CSDDD specifica che riguardo alla responsabilità civile derivante da impatti ambientali negativi, le persone che subiscono danni possono chiedere un risarcimento ai sensi della presente direttiva anche se si sovrappongono alle domande in materia di diritti umani.

³⁶ Collegato alla lett. a) riportata nel testo deve essere considerato il Considerando n. 15 della CSDDD al quale si rinvia. Con riferimento al Considerando citato e all'art. 22, par. 1, lett. a) della CSDDD, alcuni hanno osservato che «*the civil liability provision of the CSDDD is somewhat similar to the French approach. In particular, the LdV provides that companies should be liable in relation to the damage that could have been avoided had the company complied with its due diligence obligations. This, too, is a fault-based regime as the provision expressly refers to articles 1240 and 1241 of the French civil Code under which three elements must be proven for civil liability to arise: a fault, a damage, and a causal link between the two. However, the burden of proof remains on the claimant. It has been argued that this is one of the main weaknesses of the LdV since the burden of proof is often one of the key hurdles that claimants face in business-related human rights claims. The CSDDD leaves the question of burden of proof to national law (see recital 58)*» (v. S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZE - D. SCHÖNFELDER, *Enforcing Due Diligence Obligations: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 2)*, cit.

a) la prima condizione è il mancato rispetto degli obblighi previsti dagli artt. 7 e 8 citt., ossia il mancato rispetto di tutte le azioni da porre in essere per la prevenzione degli impatti negativi potenziali (art. 7³⁷) e l'“arresto” degli impatti negativi effettivi (art. 8³⁸);

b) la seconda condizione è che a seguito di tale inadempienza si è verificato un impatto negativo che avrebbe dovuto essere individuato, prevenuto, attutito, arrestato o minimizzato nell'entità mediante le misure adeguate previste agli artt. 7 e 8 citt., e che ha causato danni.

Subito dopo aver fissato la regola, al par. 2 della norma in commento, la CSDDD introduce una deroga connessa alla responsabilità dei danni causati da un impatto negativo derivante dall'attività di un partner indiretto. Si prescrive, infatti, che in deroga al paragrafo 1, gli Stati membri provvedono affinché, qualora una società abbia intrapreso le azioni di cui all'art. 7, par. 2, lett. b), all'art. 7, par. 4, o all'art. 8, par. 3, lett. c), e all'art. 8, par. 5, essa non sia responsabile dei danni causati da un impatto negativo derivante dalle attività di un partner indiretto³⁹ con il quale ha stabilito un rapporto d'affari, a meno che fosse “irragionevole”, nelle circostanze del caso di specie, aspettarsi che l'azione effettivamente intrapresa, anche per quanto riguarda la verifica della conformità, fosse appropriata a prevenire, attenuare, porre fine o ridurre al minimo l'entità dell'impatto negativo⁴⁰.

A proposito della “ragionevolezza” e della “appropriatezza”, è stato osservato da taluni che detti parametri «refer to the understanding of HREDD (Human rights and environmental due diligence, ndr) as a standard of expected conduct, in line with the UNGPs. They prevent companies that have insufficient and only formal contractual clauses in place to escape liability. Rather, a judge will need to scrutinize the adequacy of relying on contractual clauses and verification and auditing schemes in the circumstances of the given case concretely addressed that the indirect business partner's activity had caused. One would expect that in a significant number of cases, the reliance on contractual clauses, verification and auditing schemes will not constitute, by themselves, adequate due diligence and will therefore not allow companies to rely on this defence»⁴¹.

Nella valutazione dell'esistenza e della portata della responsabilità ai sensi del presente paragrafo, si tiene debitamente conto degli sforzi della società, nella misura in cui si riferiscono direttamente al danno in questione, per conformarsi a qualsiasi azione correttiva richiesta da un'autorità di controllo, agli investimenti effettuati e a qualsiasi sostegno mirato fornito a norma degli artt. 7 e 8 della CSDDD, nonché qualsiasi collaborazione con altre entità per affrontare gli impatti negativi nelle sue catene del valore⁴².

³⁷ Per approfondimenti sul punto mi permetto di rinviare al mio, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, cit., pp. 409 ss.

³⁸ *Ibidem*, pp. 412 ss..

³⁹ Sul punto v. anche il Considerando n. 57 della CSDDD.

⁴⁰ Cfr. in tema S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZE - D. SCHÖNFELDER, *Enforcing Due Diligence Obligations*: cit., dove si legge, fra l'altro: «They prevent companies that have insufficient and only formal contractual clauses in place to escape liability. Rather, a judge will need to scrutinize the adequacy of relying on contractual clauses and verification and auditing schemes in the circumstances of the given case concretely addressed that the indirect business partner's activity had caused. One would expect that in a significant number of cases, the reliance on contractual clauses, verification and auditing schemes will not constitute, by themselves, adequate due diligence and will therefore not allow companies to rely on this defence».

⁴¹ Così S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZE - D. SCHÖNFELDER, *Enforcing Due Diligence Obligations*, cit.

⁴² Secondo il Considerando n. 58 della CSDDD «Il regime di responsabilità non disciplina chi dovrebbe dimostrare che l'azione della società è stata ragionevolmente adeguata alle circostanze del caso; pertanto, tale questione è lasciata al diritto nazionale».

I paragrafi 3 e 4 dell'art. 22 della CSDDD introducono due diverse situazioni nelle quali le norme sulla responsabilità civile previste dalla proposta non pregiudicano altre fattispecie di responsabilità anche previste dai diritti nazionali.

Il par. 3 dell'art. 22, cit. prevede che la responsabilità civile di una società per i danni derivanti dalla presente disposizione non pregiudica la responsabilità civile delle sue controllate o di eventuali partner commerciali diretti e indiretti nella catena del valore. Ciò vuol dire che nell'esecuzione privata attraverso la responsabilità civile, si ricorre a un approccio diverso per quanto riguarda, da un lato, le operazioni proprie della società e delle sue controllate e, dall'altro lato, i rapporti commerciali. In particolare, la responsabilità civile riguarda solo i rapporti commerciali instaurati con una società con cui ci si aspetta di avere un rapporto duraturo, in considerazione della loro intensità o durata e che non rappresentano una parte trascurabile o meramente accessoria della catena del valore della società.

Il par. 4 dell'art. 22 cit. prevede che le norme in materia di responsabilità civile di cui alla CSDDD lasciano impregiudicate le norme dell'UE⁴³ o nazionali in materia di responsabilità civile connessa a impatti negativi sui diritti umani o a impatti ambientali negativi che prevedono la responsabilità in situazioni non coperte dalla CSDDD o che non prevedono una responsabilità più rigorosa della CSDDD⁴⁴. In tal guisa la direttiva avrebbe, in punto di responsabilità civile, una funzione integrativa.

Molto importante è la norma contenuta nel par. 5 dell'art. 22 ai sensi della quale gli Stati membri provvedono a che la responsabilità prevista dalle disposizioni di diritto nazionale che recepiscono il presente articolo sia di applicazione necessaria nei casi in cui il diritto applicabile in tal senso non sia il diritto di uno Stato membro. In altre parole, l'art. 22, par. 5 della CSDDD specifica che la responsabilità prevista prevale sulla legge applicabile alla controversia in base alle norme di diritto internazionale privato. Ciò rafforza l'accesso alla giustizia, come sottolineato dal Considerando n. 61 della CSDDD⁴⁵, e può potenzialmente aiutare a superare alcuni degli oneri per le vittime nei casi di responsabilità civile⁴⁶.

La previsione della responsabilità civile, seppure considerata elemento positivo della proposta di direttiva in esame, ha fatto emergere qualche perplessità, quanto all'adeguatezza della misura prevista. È stato osservato, infatti, che *«depends on the extent to which due diligence is equated with the use of contractual clauses, social audits and corrective action plans, or whether it is given its broader meaning in line with international standards, as explained above. Moreover, NGOs and trade unions have rightly highlighted the need for the Directive to require Member States to address legal and practical barriers to accessing judicial remedy, as highlighted in the UN Guiding Principles themselves (GP 25), in OHCHR's Accountability and Remedy Project, and in a range of expert studies in the EU context, including by the European Fundamental Rights Agency. This would help make the prospect of remedy real and advance the Directive's own aims in this regard»*⁴⁷.

⁴³ V. il Considerando 62 della CSDDD.

⁴⁴ V. anche il Considerando n. 59 alla CSDDD.

⁴⁵ V. il Considerando n. 61 della CSDDD.

⁴⁶ Come nel caso KiK tedesco, in cui l'applicazione della legge pakistana ha portato al rigetto della richiesta di risarcimento. Sul punto v. S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZE - D. SCHÖNFELDER, *Enforcing Due Diligence Obligations: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 2)*, *VerfBlog*, 2022/3/16, (disponibile online al link <https://verfassungsblog.de/enforcing-due-diligence-obligations/>).

⁴⁷ SHIFT, *The EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, (SHIFTS ANALYSIS), cit., p. 9.

Inoltre, tornando alle preoccupazioni espresse all'inizio di questo paragrafo in ordine alla declinazione specifica della materia della responsabilità civile lasciata agli Stati membri, che rischia di andare in senso opposto all'obiettivo dell'eliminazione delle distorsioni, si riportano di seguito le considerazioni svolte al riguardo dalla Federation of European Risk Management Associations (FERMA)⁴⁸.

In primo luogo, FERMA comprende che i regimi di responsabilità civile alla fine saranno definiti dagli Stati membri e, pertanto, esprime preoccupazione che possano sorgere divari tra i Paesi, o addirittura che tali divari siano accentuati. Il possibile mosaico di regimi può accentuare una già impegnativa mappa di conformità per le società multinazionali operanti in diversi Stati membri dell'UE. Inoltre, potrebbe portare a condizioni di disparità e, quindi, raggiungere un obiettivo diametralmente opposto a quello che intende perseguire la CSDDD.

In secondo luogo, FERMA si rammarica che non vi sia nella CSDDD una definizione chiara di risarcimento, nozione di contro centrale in materia di responsabilità, ingenerandosi così un'incertezza che ha ricadute (non) chiare sull'ambito e sul perimetro della responsabilità delle imprese. Inoltre, si pone per le imprese in questo momento una questione relativa al trasferimento del rischio: la copertura disponibile va via via diminuendo ed un'ulteriore incertezza in questo settore potrebbe potenzialmente acuire l'esposizione di molte imprese a difficoltà finanziarie per mancanza di copertura.

Infine, due ulteriori profili sono meritevoli di attenzione: in primo luogo, per rendere più sicura la segnalazione, l'art. 23 della CSDDD specifica che la direttiva (UE) 2019/1937 si applica alla segnalazione di tutte le violazioni della CSDDD e alla protezione delle persone che segnalano tali violazioni e, in secondo luogo, l'art. 24 della CSDDD prevede che gli Stati membri provvedono affinché le società che chiedono sostegno pubblico certifichino che non sono state loro irrogate sanzioni per il mancato rispetto degli obblighi della CSDDD.

6. La due diligence ed il dovere degli amministratori di "agire al meglio".

Come anticipato, la *due diligence* deve essere integrata nelle politiche aziendali che, come noto, sono predisposte dall'organo amministrativo al quale è richiesto, affinché la *due diligence* diventi parte dell'intero funzionamento della società, di impostarne e supervisionarne l'attuazione e di integrarla nella strategia aziendale.

A ciò si deve aggiungere anche che, nell'adempiere al loro dovere di agire nel migliore interesse della società, gli amministratori devono tenere conto dei diritti umani, dei cambiamenti climatici e delle conseguenze ambientali delle loro decisioni; laddove gli amministratori delle società godano di una remunerazione variabile, saranno incentivati a contribuire alla lotta ai cambiamenti climatici con riferimento al piano aziendale.

Per raggiungere gli obiettivi già indicati la CSDDD introduce due norme, gli artt. 25 e 26, molto brevi, entrambe composte da due soli commi, ma che sono foriere di numerose questioni e che potrebbero avere effetti dirompenti sulle attuali legislazioni nazionali che si occupano dell'argomento⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. FERMA, *Position paper on the European Commission's proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDD)*, 23 May 2022 disponibile online al link <https://drive.google.com/file/d/1N1T-lq3zDjXJW98WkBF4ABP4p3bdHH30/view>.

⁴⁹ Secondo B. SJÄFJELL - J. MÄHÖNEN, *Corporate purpose and the misleading shareholder vs stakeholder dichotomy*, pp. 26 s. «According to Article 25(2), Member States shall ensure that their laws, regulations and administrative provisions providing for a breach of directors' duties apply also to the provisions of this Article. According

Gli artt. 25 e 26, cit., devono essere letti congiuntamente perché, mentre nel primo sono ampliati i doveri degli amministratori legati alle politiche aziendali nelle quali è stata prevista la *due diligence*, nel secondo sono previste le responsabilità degli stessi amministratori in ipotesi di inottemperanza ai suddetti doveri.

Ai sensi del primo paragrafo dell'art. 25 della CSDDD gli Stati membri devono assicurare che, nell'adempiere al loro dovere di agire nel migliore interesse della società, gli amministratori delle società soggette alle norme della direttiva (v. art. 2, par. 1), tengano conto delle conseguenze delle loro decisioni in materia di sostenibilità, compresi, se del caso, i diritti umani, i cambiamenti climatici e l'ambiente, anche a breve, medio e lungo termine.

Il secondo paragrafo dell'art. 25, cit., prevede che gli Stati membri provvedono affinché le loro disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedono una violazione dei doveri degli amministratori si applichino anche alle disposizioni del presente articolo.

Secondo taluni, la norma potrebbe essere interpretata nel senso che, ad esempio, disposizioni nazionali che prevedono una responsabilità personale verso la società dei membri dell'organo amministrativo compresi gli amministratori delegati, per i danni causati dalla violazione del dovere di diligenza, troverebbero applicazione anche verso soggetti diversi dalla società che hanno subito un danno, ossia gli azionisti, i creditori sociali o le vittime di illeciti⁵⁰.

Se ciò fosse vero, ma per essere certi è necessario aspettare la versione definitiva della CSDDD e soprattutto la sua adozione nei singoli ordinamenti, potrebbe verificarsi, pensando all'ordinamento giuridico italiano e, nello specifico, alla responsabilità degli amministratori verso la società, che i presupposti di quest'ultima potrebbero diventare anche presupposti della responsabilità verso i creditori sociali, i soci e i terzi direttamente danneggiati; e se ciò accadesse, ciò significherebbe che nell'ordinamento domestico la responsabilità verso i creditori andrebbe oltre l'art. 2394 c.c. e quella verso i soci e i terzi oltre l'art. 2395 c.c.

La seconda norma che rileva ai fini del dovere di diligenza e della connessa responsabilità è l'art. 26 che attua un collegamento con gli artt. 4 e 5, 6, 7, 8 e 9 della CSDDD stabilendo che gli Stati membri assicurano che gli amministratori delle società rientranti nell'ambito soggettivo di applicazione della CSDDD:

- siano responsabili dell'attuazione e della vigilanza delle azioni di *due diligence* di cui all'art. 4 e in particolare della politica di *due diligence* di cui all'art. 5, tenendo debitamente

to our interpretation, this means for instance provisions in national companies acts that give basis for holding board members and chief executive officers personally liable for damages caused by breach of duty of care, not only to the company itself but also to parties outside the company that have been caused damage, would they be shareholders, creditors or tort victims.

Additionally, according to Article 26(1) Member States shall ensure that these 'directors' are responsible for putting in place and overseeing the due diligence actions referred to in the above mentioned Article 4 and in particular the due diligence policy referred to in Article 5. The directors shall report to the 'board of directors' in that respect., defined in Article 3(p) as 'the administrative or supervisory body responsible for supervising the executive management of the company, or, if no such body exists, the person or persons performing equivalent functions'. According to Article 26(2), Member States shall ensure that directors take steps to adapt the corporate strategy to take into account the actual and potential adverse impacts identified pursuant to Article 6 and any measures taken pursuant to Articles 7 to 9. A clearer introductory provision for the corporate board would have been preferable, including then some language on senior management level to be encompassed where the company exceptionally has no board».

⁵⁰ V. sul punto S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZE - D. SCHÖNFELDER, *Enforcing Due Diligence Obligations*, cit.

conto dei pertinenti contributi delle parti interessate e delle organizzazioni della società civile. Gli amministratori riferiscono al consiglio di amministrazione al riguardo;

- adottino misure per adeguare la strategia aziendale per tenere conto degli impatti negativi effettivi e potenziali individuati a norma dell'art. 6 e delle eventuali misure adottate a norma degli artt. da 7 a 9.

Si deve notare, in via preliminare, che sarebbe comunque stata preferibile un noma introduttiva sul dovere degli amministratori che attuasse un collegamento con la responsabilità degli amministratori tuttora esistente. Lasciare tutto agli Stati membri creerà presumibilmente differenziali di regolamentazione, come già notato nella disciplina della responsabilità civile⁵¹, che la stessa CSDDD avrebbe voluto, almeno negli intenti, evitare.

Considerando l'intera architettura della responsabilità degli amministratori delle società così come predisposta dalla CSDDD non si può non essere d'accordo con chi ha affermato, sul profilo in questione, che il collegamento fra la CSDDD ed il diritto societario "*is very much on the defensive, although the proposal has some positive aspects*"⁵² e ciò è tanto più vero se si pensa che detto collegamento è relegato alla fine della proposta ed è contenuto soltanto in due norme⁵³.

Nell'approfondita analisi della CSDDD svolta da Brabant, Bright, Neitzel, e Schönfelder⁵⁴ con riferimento all'art. 25 emergono alcune importanti e condivisibili considerazioni.

In primo luogo, si osserva che l'art. 25, par. 1 della CSDDD amplia in modo considerevole la natura e il contenuto del dovere generale di diligenza degli amministratori delle società rientranti nel suo campo soggettivo di applicazione. L'interesse della società non può essere parametrato solo con riferimento all'interesse dell'azionista, inteso come pura massimizzazione del profitto. Al contrario, la CSDDD chiarisce che gli interessi delle parti interessate devono costituire parte integrante dei doveri fiduciari degli amministratori nei confronti della società⁵⁵.

⁵¹ V. *supra* par. 5.

⁵² Così B. SJÅFJELL - J. MÄHÖNEN, *Corporate purpose and the misleading shareholder vs stakeholder dichotomy*, cit. p. 26.

⁵³ In dottrina v'è chi osserva criticamente che l'approccio usato dalla CSDDD: «*We see the defensiveness in the way core company law issues are relegated to the end of the proposal. The logical approach would have been to set out clearly in the beginning of the proposed Directive the core duties of the board, to ensure that sustainability due diligence is used as a key tool for integrating sustainability into the entire business of the company. One of the main positive aspects in the proposal is a duty of care set to 'directors'. (...) according to Article 25(1), Member States shall ensure that, when fulfilling their duty to act in the best interest of the company, directors of companies referred to in Article 2(1) take into account the consequences of their decisions for sustainability matters, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term*» (Così B. SJÅFJELL - J. MÄHÖNEN, op. loc. ultt. citt.)

⁵⁴ V. BRABANT, STEPHANE, BRIGHT, CLAIRE, NEITZEL, NOAH e SCHÖNFELDER, *Enforcing Due Diligence Obligations: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 2)*, cit.

⁵⁵ Anche nel commento alla CSDDD svolto dagli studiosi dell'Università di Oslo (B. SJÅFJELL - J. MÄHÖNEN MÄHÖNEN, *Corporate purpose and the misleading shareholder vs stakeholder dichotomy*, p.18) si fa notare «*What is crucial is the board's company law duty to promote the interests of the company or merely the 'company interest' as it is often referred to in Continental Europe. To clarify the board's role in a company clouded through the influence of the shareholder primacy drive, it should therefore be set clearly in law that the core duty of the board is to promote the interests of the company. This important step of clarification is included in the proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive Article 25(1), setting out the language of 'when fulfilling their duty to act in the best interest of the company' concerning the corporate board (and, as we will return to below in 5.2.3, more broadly, 'directors' as defined in the above-mentioned Article 3(o)). In line with what we have proposed, this will not entail a harmonisation of the definition of the interests of the company in European company law. Developing the understanding of what the interests of the specific*

In secondo luogo, i doveri degli amministratori come previsti dalla CSDDD devono fare i conti con i disastrosi collaterali effetti dello *shareholder value* che ha spinto e spinge tuttora le società, ed in particolare le società quotate, a perseguire la logica dei profitti, anche laddove questi vengono ottenuti a scapito dei diritti umani (dei lavoratori) e dell'ambiente⁵⁶. Queste cosiddette "esternalità" non sono prese in considerazione nei profitti e sono di tale proporzione da minacciare le nostre risorse sociali e naturali (si pensi al cambiamento climatico). In terzo luogo, si deve ricordare, altresì, che attualmente, con l'eccezione di regole di *soft law* non aventi valore cogente, gli amministratori di società hanno l'unico scopo di massimizzare i profitti, mentre i governi regolano le società e le obbligano a internalizzare i loro costi (ad esempio attraverso una carbon tax). Il risultato presunto sarebbe un mercato efficiente in cui le imprese producono un beneficio netto per la società. Tuttavia, questa dipendenza unicamente dalle autorità di regolamentazione sta fallendo. Le grandi società agiscono a livello mondiale mentre le normative rimangono per lo più nazionali. Inoltre, le autorità di regolamentazione spesso non dispongono di informazioni e/o di comprensione delle attività delle società per regolamentarle in modo efficace e le società possono minare gli sforzi normativi attraverso il lobbismo. Pertanto, le società devono mirare a creare un beneficio netto per la società sin dall'inizio.

In quarto luogo, si deve precisare che ampliare la natura dei doveri degli amministratori per includere gli interessi delle parti interessate è un passo necessario nella direzione di un risultato positivo non solo in termini di massimizzazione del profitto ma anche di tutela degli *stakeholders*. Secondo molti, il risultato non sarebbe ancora sufficiente soprattutto perché la previsione che gli amministratori devono "*take into account*" (così come si esprime il Considerando 63⁵⁷, lo stesso art. 25, par. 1 della proposta⁵⁸ e, come vedremo a breve anche l'art 15 par. 3) ricorda molto l'approccio della *Section 172* del UK Companies Act che, come abbiamo avuto modo già di dire⁵⁹, non è un buon punto di partenza⁶⁰. Secondo taluni occorre rivedere la politica della remunerazione degli amministratori della quale ci occuperemo più avanti, legando il profilo normativo della remunerazione degli amministratori non soltanto ai cambiamenti climatici⁶¹.

company entail in a specific instance should remain with the board to define, within the scope of national legislation, articles of association, and existing contracts and commitments».

⁵⁶ Sullo *shareholder value versus stakeholder value* v. le relazioni di P. GIUDICI, M. IRRERA, M. MAUGERI, R. SACCHI e G. STRAMPELLI al convegno *Shareholder Value e Consumer Welfare: due teorie "neoliberali" al tramonto?*, Roma, 14 e 15 Aprile 2023. V. anche, fra gli altri, P. K. HANSEN (a cura di), *Response to the Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance*, cit., pp. 9 ss.

⁵⁷ Nel Considerando n. (63) si legge "*In all Member States' national laws, directors owe a duty of care to the company. In order to ensure that this general duty is understood and applied in a manner which is coherent and consistent with the due diligence obligations introduced by this Directive and that directors systematically take into account sustainability matters in their decisions, this Directive should clarify, in a harmonised manner, the general duty of care of directors to act in the best interest of the company, by laying down that directors take into account the sustainability matters as referred to in Directive 2013/34/EU, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term horizons. Such clarification does not require changing existing national corporate structures*".

⁵⁸ "1. Member States shall ensure that, when fulfilling their duty to act in the best interest of the company, directors of companies referred to in Article 2(1) take into account the consequences of their decisions for sustainability matters, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term".

⁵⁹ V. *supra* nt 33.

⁶⁰ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da B. SJÄFJELL - J. MÄHÖNEN, *Corporate purpose and the misleading shareholder vs stakeholder dichotomy*, cit., p. 19.

⁶¹ V. *infra* par. 7.

Procedure di nomina degli amministratori che permettano alle parti interessate di votare un loro rappresentante possono essere considerate un passo avanti nel senso del rispetto degli HREDD. Ad esempio, il sistema di co-determinazione tedesco consente ai lavoratori di eleggere metà del consiglio⁶². Inoltre, sono necessarie nuove forme innovative di società che vadano oltre il superamento dei rischi del primato degli azionisti, come il modello della “proprietà steward”.

Nell’analisi citata, la CSDDD dovrebbe chiarire la portata dell’inclusione degli interessi delle parti interessate nei doveri fiduciari degli amministratori nei confronti della società, precisando che tali interessi si pongono sullo stesso piano dei profitti degli azionisti. La disposizione non deve semplicemente significare che gli amministratori devono privilegiare la massimizzazione dei profitti a lungo termine a scapito di quella a breve termine e che non possono sacrificare alcun profitto a beneficio degli *stakeholder*. I profitti e la creazione di valore condiviso a lungo termine per le parti interessate e per gli azionisti sono importanti, ma se il fine ultimo perseguito dagli amministratori fosse dare la priorità alla massimizzazione dei profitti a lungo termine rispetto agli interessi delle parti interessate, non si darebbe seguito all’obiettivo dichiarato di voler incentivare pienamente una “governance societaria sostenibile”.

7. *La lotta ai cambiamenti climatici e la remunerazione degli amministratori: lo strano ed equivoco legame.*

Un’ultima questione di diritto societario posta dalla direttiva in commento riguarda l’analisi dell’art. 15 della CSDDD che è dedicato in modo specifico e, apparentemente, esclusivo, ai cambiamenti climatici ma che in realtà, come abbiamo già accennato nel paragrafo precedente, pone qualche perplessità interpretativa legata al diritto delle società⁶³.

In prima battuta, è previsto che gli Stati membri provvedono a che ciascuna società di cui all’art. 2, par. 1, lett. a), e all’art. 2, par. 2, lett. a), adotti un piano atto a garantire che il modello di business e la strategia aziendale perseguiti siano compatibili con la transizione a un’economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5° C in conformità dell’accordo di Parigi⁶⁴. Il piano indica in particolare, sulla base delle informazioni di cui la società può ragionevolmente disporre, la misura in cui i cambiamenti climatici rappresentano un rischio per le attività della società ovvero un loro possibile impatto.

In secondo luogo, si prevede che gli Stati membri provvedono a che la società includa nel piano obiettivi di riduzione delle emissioni se i cambiamenti climatici sono indicati, o avrebbero dovuto essere indicati, come rischio primario per le attività che svolge o come loro impatto primario.

⁶² Sul punto, per la dottrina italiana v. G. B. PORTALE, *Diritto societario tedesco e diritto societario italiano in dialogo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, pp. 597 ss.

⁶³ Sulle questioni legate ai cambiamenti climatici e il diritto societario v., fra i molti, P. K. HANSEN (a cura di), *Response to the Study on Directors’ Duties and Sustainable Corporate Governance*, cit., pp. 7 ss.

⁶⁴ Per le questioni legate al mancato coordinamento fra la norma in esame e l’Accordo di Parigi cfr., da ultimo, SØREN FRIIS HANSEN e TROELS MICHAEL LILJA, *Corporate Sustainability Due Diligence: Is there a Legal Basis for the Proposed Article 15?* Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 22-01, 4 Apr 2022 (disponibile online al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4075097).

Infine, con una disposizione molto discutibile, l'art. 15, par. 3 della CSDDD specifica che gli Stati membri assicurano che ciascuna società tenga debitamente conto dell'adempimento degli obblighi di cui ai parr. 1 e 2 nel fissare la remunerazione variabile, se la remunerazione variabile è collegata al contributo dell'amministratore alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società.

I primi commentatori della CSDDD hanno fatto immediatamente notare la quanto mai strana collocazione del terzo paragrafo, posto che il problema della remunerazione degli amministratori, come tutti ben sanno e come pure sembra apparire dal dettato normativo, è molto più ampio, coinvolgendo la strategia aziendale, gli interessi a lungo termine e la sostenibilità, quest'ultima senza alcun aggettivo e, pertanto, da intendersi nella sua accezione più ampia sia con riferimento all'ambiente che con riferimento ai diritti umani⁶⁵.

La scelta operata dalla CSDDD è stata già da taluni criticata sulla base della considerazione che la libertà degli amministratori di perseguire gli interessi delle parti interessate rispetto ai profitti degli azionisti non avrà un impatto significativo fino a quando gli incentivi degli amministratori saranno per buona parte allineati alla pura massimizzazione del profitto. Tali incentivi sono onnipresenti poiché gli amministratori sono spesso pagati in azioni e spesso la sicurezza del loro lavoro si basa interamente sulla buona volontà degli azionisti.

Pertanto, è importante che la CSDDD richieda che la remunerazione variabile degli amministratori sia collegata a parametri di sostenibilità perché ciò crea un incentivo per gli amministratori ad agire a vantaggio di tutte le parti interessate e non solo degli azionisti. Studi empirici hanno dimostrato che questo cambiamento negli incentivi ha avuto un impatto anche sul comportamento aziendale. Tuttavia, la CSDDD collega, almeno apparentemente, come già anticipato, la retribuzione variabile dei direttori solo ai cambiamenti climatici (v. *supra* art. 15, par. 3 della CSDDD), quindi sembra premiare ed incentivare solo una *governance* rispettosa del clima ignorando in tal guisa altri parametri legati alla sostenibilità⁶⁶.

In generale, la formulazione della proposta CSDDD è in modo frustrante poco chiara posto che i criteri di sostenibilità dovrebbero rilevare in termini generali e non solo con specifico riferimento ai cambiamenti climatici. Se si vuole che l'espansione dei doveri degli amministratori non rimanga meramente simbolica, è fondamentale che la CSDDD stabilisca

⁶⁵ Sulla connessione fra la sostenibilità ambientale e sociale e la remunerazione, v. I. CAPELLI, *La sostenibilità ambientale e sociale nelle politiche di remunerazione degli amministratori delle società quotate: la rilevanza degli interessi degli stakeholder dopo la SHRD II*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, pp. 553 ss.

⁶⁶ Per alcune riflessioni critiche circa l'art. 15, par. 3 e l'art. 25 della CSDDD v., recentemente, E. LIDMAN, *The role of corporate governance in sustainability and why the Commission's CSDDD proposal might do more harm than good* (<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/role-corporate-governance-sustainability-and-why-commissions-csddd>) ed anche EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP (ECLC), *Why Article 15 (combating climate change) should be taken out of the CSDD* (2 August 2022), disponibile online al link <https://ecgi.global/blog/why-article-15-combating-climate-change-should-be-taken-out-csdd> dove si legge "Companies will be required to take into account its climate-related obligations in their variable remuneration schemes as far as it is linked to the contribution of a director to the company's business strategy and long-term interests and sustainability. As a stand-alone provision, Art. 15(3) CSDD will have a limited effect. The definition of a director in Art. 3 leads to different scopes of application in the one-tier and in the two-tier system. While in the two-tier system the whole management board including the roles of the COO, CFO etc. is covered, in the one-tier system only the CEO is subject to this regulation. Adding another remuneration clause to the CSDD creates a regulatory overlap, and accordingly, regulatory incoherence".

che la retribuzione degli amministratori sia collegata a tutti gli impatti negativi riferiti sia ai diritti umani sia all'ambiente⁶⁷.

Va altresì aggiunto che, secondo taluni, anche se la CSDDD dovesse legare la retribuzione variabile degli amministratori a una gamma più ampia di parametri di sostenibilità, ciò non sarebbe ancora sufficiente. La CSDDD dovrebbe specificare, infatti, la tipologia di misure da intraprendere da parte degli amministratori per adempiere al loro dovere di supervisione delle misure *Human rights and environmental due diligence* (HREDD)⁶⁸. Inoltre, più in generale, gli amministratori devono anche avere la rassicurazione che non incorreranno in responsabilità qualora prevedano una governance favorevole agli *stakeholder*.

C'è infine, un ulteriore profilo di discussione relativo alla circostanza che l'art. 15, par. 3, della CSDDD non tiene conto del fatto che la direttiva sui diritti degli azionisti include già norme in materia di remunerazione nelle società quotate⁶⁹. La direttiva richiede che la politica retributiva includa gli interessi a lungo termine e la sostenibilità. L'aggiunta di un'altra norma attinente alla remunerazione degli amministratori crea (creerebbe) una sovrapposizione normativa e, di conseguenza, un'incoerenza normativa⁷⁰.

⁶⁷ Circa il collegamento fra l'art. 15, par. 3 e l'art. 25 della CSDDD, Lidman osserva che «*The proposal on environmental remuneration fiddles with at least the compensation-part of the shareholder control rights and thus makes it harder for shareholders to oversee and control management, and it can be argued that Art. 25 on directors' duties of the proposal also entrench management by decreasing accountability to shareholders. Vibrant equity markets not only provide ordinary households with opportunities to diversify their long-term savings and supply companies with equity capital, they can also serve as an important contributor to solving the climate crisis. Since the proposed CSDDD is likely to weaken these functions and contribute to the already declining use of stock markets as a way of financing in the EU (which often is explained with over-regulation), it must be taken very seriously. In a time when the ability of the equity market to handle risk and to further innovation and sustainable growth might be what we need most of all, the stakes of introducing experimental and unfounded corporate governance standards like the CSDDD are simply too high*» (E. LIDMAN, *The role of corporate governance in sustainability and why the Commission's CSDDD proposal might do more harm than good*, cit.).

Per i legami fra la remunerazione degli amministratori ed i fattori ESG v. N. LINCIANO - E. CAFIERO - A. CIAVARELLA - G. DI STEFANO - E. LEVANTINI - G. MOLLO - S. NOCELLA - R. SANTAMARIA - M. TAVERNA. *La finanza per lo sviluppo sostenibile* (Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea), quaderno Consob, giugno 2021, pp. 17 ss. Secondo questo studio, «In futuro i comportamenti delle imprese potrebbero risentire delle novità introdotte in materia di remunerazioni dalla direttiva (UE) 2017/828 - SHRD II - che modifica la direttiva 2007/36/CE. Ai sensi della direttiva, ove sia prevista una componente variabile, le politiche di remunerazione stabiliscono criteri basati su obiettivi di performance finanziari e non finanziari, se del caso tenendo conto di criteri relativi alla responsabilità sociale d'impresa. Inoltre, la direttiva introduce il voto vincolante sulle politiche di remunerazione, che potrebbe rappresentare un incentivo all'inclusione di obiettivi non finanziari tra quelli di performance, qualora gli investitori, in particolare istituzionali, decidessero di vincolare la loro approvazione alla presenza di un collegamento tra compensi e parametri ESG».

⁶⁸ S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZE - D. SCHÖNFELDER, *Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence* (Part 1), cit.

⁶⁹ Sul punto, v. I. CAPELLI, *La sostenibilità ambientale e sociale nelle politiche di remunerazione degli amministratori delle società quotate*, cit.

⁷⁰ V. EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP (ECLE), *Why Article 15 (combating climate change) should be taken out of the CSDD* (2 August 2022), cit. dove si sottolinea che «*Overall, Art. 15 CSDD marks a fundamental policy shift in combating climate change, moving from the reliance on market forces, namely the instrument of disclosure, to reliance not only on conduct regulation, but on punctual and possibly disproportionate governmental intervention. As we have argued, this raises a number of concerns. This is even more so if one considers that market instruments have not yet been fully exhausted. Alongside the increasing investor-led ESG campaigns which could be facilitated further there is an intensive discussion on say on climate, empowering the investment community to guide companies in their efforts to align their business models and strategies with the net-zero objectives. For listed companies, these tools are already provided by the Shareholder Rights Directive. These possibilities can be explored further. We would welcome and*

A prescindere dalla limitata efficacia dell'art. 15(3) CSDD, il collegamento tra il piano climatico e la remunerazione rimane problematico. Le ragioni sono sostanzialmente le stesse evocate in relazione all'art. 15(2): Gli azionisti sono l'organo appropriato per stabilire i principi di remunerazione. In primo luogo, perché esercitare la loro influenza sulla società fa parte dei loro diritti di proprietà e, in secondo luogo, perché la decisione sulla remunerazione è meglio informata da considerazioni di mercato.

Ad avviso di chi scrive, la questione della remunerazione degli amministratori non può essere limitata al profilo dei cambiamenti climatici ma investe tutta la materia che qui si discute ed in particolare la disciplina del dovere di diligenza degli amministratori di cui si è già detto nel paragrafo precedente.

8. Alcune brevi osservazioni conclusive o dell'impossibilità di individuare gli effetti sul diritto societario italiano.

Innanzitutto, occorre individuare il punto in cui si trova *l'iter* di formazione della direttiva. La proposta sarà discussa in Parlamento e nel Consiglio dell'UE per le diverse fasi del processo legislativo. Una volta adottata, la CSDDD entrerà in un periodo di transizione di due anni per le società "molto grandi" e di quattro anni per le società "grandi". Durante questo periodo, gli Stati membri sono tenuti ad adottare il diritto societario "pertinente". Si presume che la CSDDD produrrà effetti a partire al più presto dal 2026, proprio in ragione del consueto processo legislativo dell'UE.

La CSDDD senza dubbio disegna alcuni passi in avanti nella regolamentazione della *due diligence* della sostenibilità delle società che hanno una significatività potenzialmente globale con riferimento ai diritti umani e all'ambiente, stante la previsione degli obblighi legali di *due diligence* vincolanti per le società, la rilevanza economica delle attività soggette a tali obblighi, e il robusto apparato di norme in tema di prevenzione, monitoraggio, esecuzione e risanamento.

Tuttavia, come è emerso dall'analisi svolta in questo intervento, su alcuni parametri importanti la CSDDD non è all'altezza delle aspettative degli UNGPs, del diritto europeo e delle politiche dell'UE, mentre altri aspetti del suo schema generale possono condurre all'attuazione di importanti sfide. Per altro verso la CSDDD non individua fattori ed elementi che potrebbero plausibilmente rafforzarne l'efficacia e l'impatto, direttamente e indirettamente, in relazione agli impegni dell'UE in materia di diritti umani e sviluppo sostenibile. Pur riconoscendo la complessità della regolamentazione in materia, i numerosi pregi della CSDDD e l'inevitabile esigenza di compromessi per contemperare differenti obiettivi politici, sembra a taluni necessario un ulteriore dialogo al fine di provare a colmare le lacune allo stato esistenti.

Come abbiamo avuto modo di dire in precedenza, appena presentata, la proposta ha ricevuto valutazioni discordanti e così se, da un lato, la CSDD è stata presentata dalla Commissione europea come "un punto di svolta" che "proietterà i valori europei sulle catene del valore", ed accolta ampiamente come un passo nella giusta direzione, dall'altro, la proposta è già stata criticata da altri per non essere andata abbastanza lontano.

Le critiche si sono concentrate maggiormente su quelle norme che, una volta entrate in vigore, dovrebbero andare ad incidere sulle norme di diritto societario predisposte dai

encourage a thorough discussion of this strategy before resorting to governmental intervention, which should always be the last resort".

singoli ordinamenti degli Stati membri, mi riferisco all'art. 25 la cui rubrica tradotta dall'inglese "*duty of care*" suona "dovere di sollecitudine" (sic!) e l'art. 26 la cui rubrica tradotta dall'inglese "*Setting up and overseeing due diligence*" è nella versione italiana la seguente "Dovere di sollecitudine degli amministratori" che non vuol dire nulla.

Ci sentiamo di condividere appieno le conclusioni circa l'effettiva portata e l'efficacia delle norme appena citate cui è giunto un gruppo di studiosi secondo il quale l'art. 26, cit., dovrebbe essere mantenuto nella sostanza, con importanti revisioni redazionali, ma forse scisso e inserito in due articoli della direttiva, in cui le sue disposizioni si adatterebbero più adeguatamente; mentre, al contrario, in assenza di una vera e convincente analisi costi-benefici, si suggerisce la pura e semplice soppressione dell'art. 25⁷¹.

L'EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP (ECLE) giunge a tale conclusione sulla base di alcune condivisibili argomentazioni.

In primo luogo, l'ambito di applicazione dell'art. 25 include, ma va oltre, l'attuazione di una politica di dovuta diligenza per la tutela dei diritti umani e dell'ambiente. Richiederebbe agli Stati membri di "garantire che, nell'adempiere al loro dovere di agire nel migliore interesse della società, gli amministratori delle società di cui all'art. 2, paragrafo 1, tengano conto delle conseguenze delle loro decisioni in materia di sostenibilità, tra cui, laddove applicabili, diritti umani, cambiamenti climatici e conseguenze ambientali, anche a breve, medio e lungo termine". Ha infatti l'ambizione più ampia di definire in generale (o ridefinire) il dovere di diligenza degli amministratori di grandi società nell'Unione europea. Viene presentato dalla Commissione Europea come un mero "chiarimento", che nella migliore delle ipotesi è un eufemismo, visti i grandi cambiamenti che può comportare nella legislazione di alcuni Stati membri così come in concetti profondamente radicati del diritto societario nazionale.

In secondo luogo, sempre secondo il gruppo di esperti di ECLE, l'art. 25 fa riferimento a un concetto di "*company interest*", che non esiste ovunque, e a un "dovere di diligenza", mutuato dalla tradizione anglosassone e interpretato in modo diverso tra gli Stati membri. Integra nel perseguimento dell'interesse aziendale elementi corrispondenti all'impatto dell'attività sui terzi e sull'ambiente, che rischia di essere una delle principali fonti di confusione e incertezza, a causa della sua vaghezza e mancanza di precisione. Potrebbe inoltre introdurre a livello nazionale una distinzione tra i doveri degli amministratori delle grandi società - coperti dalla CSRD - e delle PMI e, considerata l'ampia definizione di società contenuta nella direttiva, un obbligo di diligenza nelle forme non societarie utilizzate dagli istituti finanziari rientranti nel campo di applicazione della direttiva.

In terzo luogo, l'art. 25 tace sul nesso tra questo dovere di diligenza e i sistemi di regole di giudizio commerciale esistenti in alcuni Stati membri o sugli aspetti procedurali relativi in particolare al diritto di agire per sanzionare la violazione di tale dovere di diligenza.

Secondo l'ECLE, queste difficoltà interpretative e il margine di manovra che questa formulazione offre ai giudici incaricati di far rispettare tale disposizione, ci convincono che l'introduzione di questo testo di puro diritto societario contribuisce poco o nulla al fine dell'armonizzazione e comunque non si colloca al meglio in una direttiva sul dovere di diligenza. Inoltre, da un punto di vista normativo, l'utilità di una siffatta disposizione, destinata ad essere controversa, è altamente discutibile.

⁷¹ V. EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP (ECLE), *The proposed Due Diligence Directive should not cover the general duty of care of directors* (2 August 2022), disponibile online al link <https://www.ecgi.global/blog/proposed-due-diligence-directive-should-not-cover-general-duty-care-directors>.

Per tutti questi motivi, l'ECLE sottolinea come una seria valutazione d'impatto avrebbe dato a un dovere di diligenza così generale una base di ricerca più solida. L'ampia letteratura giuridica e finanziaria solleva i problemi di (a) la necessità di una riforma legislativa per indurre gli amministratori a tenere conto dei fattori sociali e ambientali nell'adempimento del loro dovere di agire nell'interesse delle loro società, (b) l'impatto della legge, piuttosto che cultura e carattere, sulle preferenze degli amministratori, (c) l'efficacia della responsabilità civile come strumento disciplinare manageriale, (d) gli effetti negativi non intenzionali dell'aumento della responsabilità civile degli amministratori e (e) il modo migliore per indurre gli amministratori a investire in modo ottimale nella conformità. In attesa di tale valutazione, si raccomanda la soppressione dell'art. 25.

Meno critica la posizione del gruppo ECLE sull'art. 26 il quale, secondo gli autori citati, sembra perseguire due obiettivi distinti. In primo luogo, un obiettivo legato all'attribuzione dei poteri, attribuendo agli organi decisionali delle società la responsabilità di stabilire e vigilare sulla politica di "adeguata verifica". L'idea è di garantire che le principali decisioni di *due diligence* siano tolte dalle mani dei dipendenti di livello inferiore e ciò è in accordo con un principio guida delle Nazioni Unite sui diritti umani secondo il quale la politica di *due diligence* dovrebbe essere "approvata al livello più alto dell'impresa". Tuttavia, questo primo paragrafo dell'articolo 26 è redatto in modo goffo. Si fa riferimento agli "amministratori" invece di designare il consiglio di amministrazione nel suo complesso quale organo responsabile della politica di *due diligence*.

ECLE propone di inserire il primo paragrafo dell'art. 26 nell'art. 5, par. 2 della CSDDD che stabilisce le regole per integrare la *due diligence* nelle politiche delle imprese e, pertanto, il nuovo art. 5, par. 2 dovrebbe recitare come segue: "Gli Stati membri garantiscono che la politica di dovuta diligenza sia approvata e, ove necessario, aggiornata dal consiglio di amministrazione come definito all'art. 3, lett. p)".

Il secondo comma introduce l'obbligo per gli amministratori di adeguare non la politica di *due diligence*, ma la stessa strategia della società, in particolare, si presume, quando il monitoraggio dell'attuazione della politica di *due diligence* evidenzia che tale politica appaia insufficiente a ridurre gli effetti negativi sui diritti umani e l'ambiente lungo la catena del valore aziendale.

A tal proposito la proposta del gruppo ECLE mira ad attenuare il vincolo per gli amministratori lasciando loro un margine di apprezzamento e ad integrare le disposizioni richiamate nell'art. 10 della CSDDD, dedicato al monitoraggio, ovvero alla valutazione periodica dell'applicazione della politica di adeguata verifica. La fine dell'art. 10 reciterebbe così: "La politica di adeguata verifica e, ove necessario, la strategia aziendale, sono aggiornate in funzione dell'esito di tali valutazioni".

In conclusione, finché la CSDDD non sarà definitiva risulta difficile fare una valutazione concreta ed effettiva di quali potranno essere le ricadute sul diritto societario italiano, così come di qualsiasi altro Stato membro dell'UE, delle disposizioni contenute nella proposta.