ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI ODCEC di MILANO

SCUOLA SUPERIORE SANT'ANNA PISA

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE. LA COMPLIANCE, EX D.LGS. 231/2001, TRA OBBLIGO E OPPORTUNITÀ

LA SFIDA DELLA COMPLIANCE TRANSNAZIONALE NEL CONTESTO DELLE CATENE GLOBALI DEL VALORE

Giuseppe Di Vetta

23 febbraio 2024

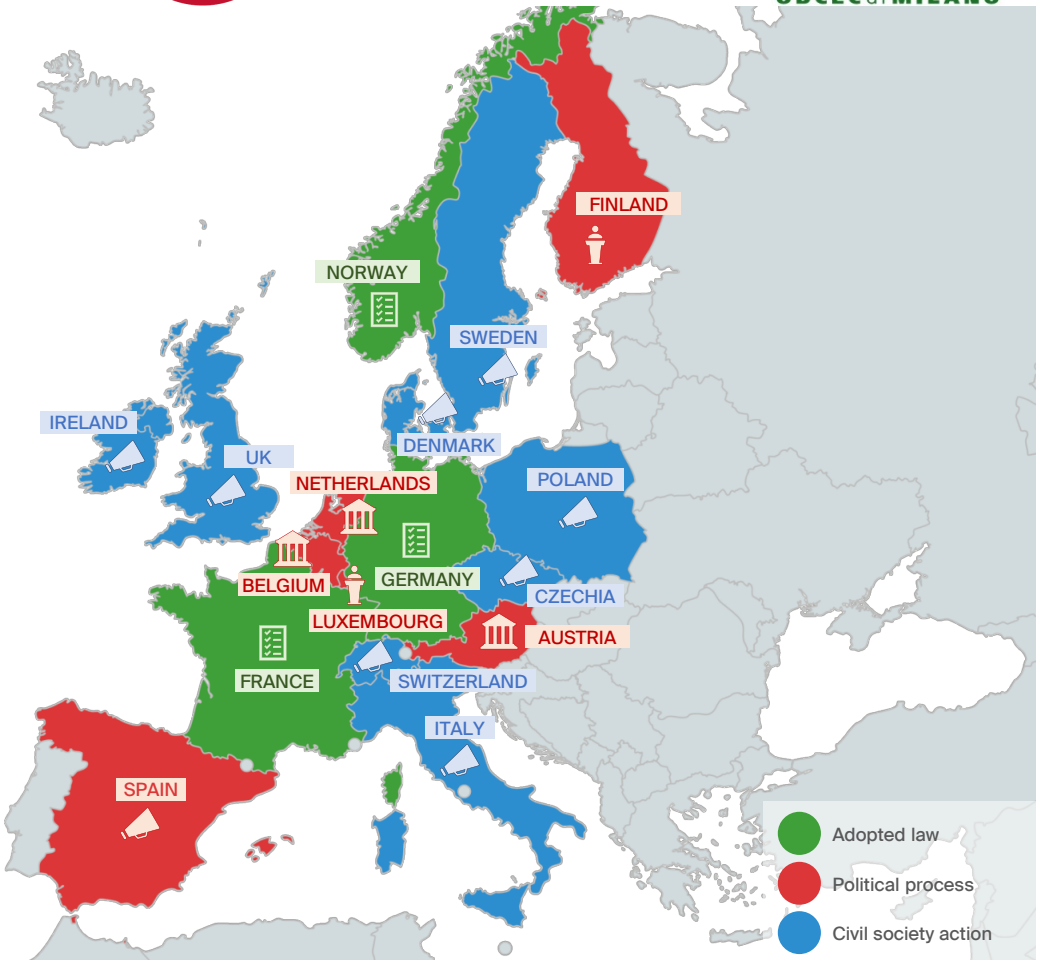
ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

ECCJ
European Coalition for Corporate Justice

SCUOLA SUPERIORE SANT'ANNA PISA

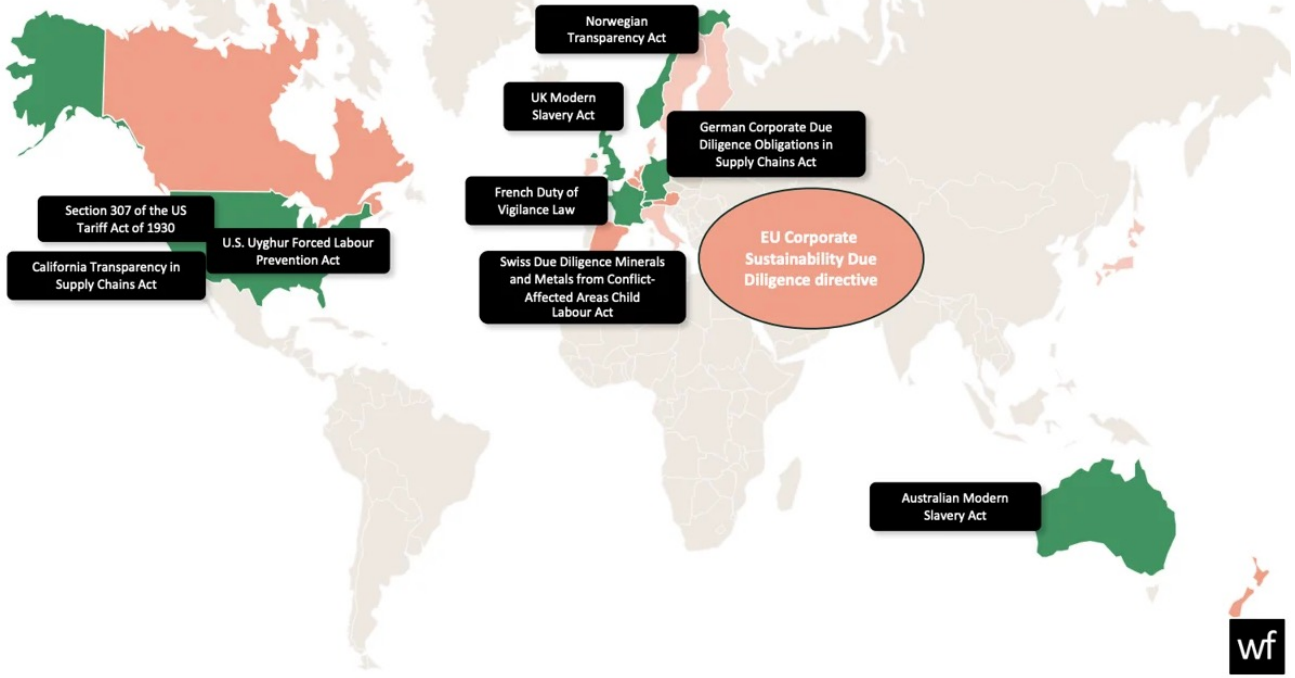
FONDAZIONE COMMERCIALISTI
ODCEC di MILANO

FRANCE	Law on the duty of vigilance of parent and outsourcing companies
GERMANY	Law on the corporate duty of care in supply chains
NETHERLANDS	Law on child labour due diligence
NORWAY	Law on business transparency and human rights and decent working conditions
AUSTRIA	Parliamentary proposal for a supply chain law
BELGIUM	Parliamentary proposal on the corporate duty of vigilance and care in value chains
FINLAND	Government commitment to due diligence legislation
LUXEMBOURG	Government commitment to due diligence legislation
NETHERLANDS	Government commitment to due diligence legislation Parliamentary proposal on responsible and sustainable international business conduct
SPAIN	Government's Annual Regulatory Plan includes a legislative initiative on due diligence



Regulatory landscape

Supply Chain/Human Rights Due Diligence Laws are emerging (Dec 2022)



- Adopted law
- Political process/proposal
- Policy statements & public discussions

Corporate due diligence laws and legislative proposals in Europe

Comparative table | March 2022

	EU COMMISSION PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON DUE DILIGENCE	EU PARLIAMENT RESOLUTION ON CORPORATE DUE DILIGENCE	FRENCH LAW ON DUTY OF VIGILANCE	GERMAN LAW ON SUPPLY CHAIN	NORWEGIAN LAW ON TRANSPARENCY	DUTCH PROPOSAL ON RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT	AUSTRIAN MOTION FOR A RESOLUTION ON SUPPLY CHAIN	BELGIAN PROPOSAL ON DUTY OF VIGILANCE
STATUS	▪ Proposal by the European Commission	▪ Recommendation by the European Parliament	▪ In force	▪ Adopted but not yet in force (2023)	▪ In force	▪ Proposal by political parties in Parliament	▪ Motion by political party in Parliament	▪ Proposal by political parties in Parliament
COMPANY SCOPE	▪ Very large EU companies (>500 employees and >€150m turnover worldwide) ▪ Very large non-EU companies operating in the EU (>€150m turnover in the EU) ▪ Large EU companies in high-risk sectors: agriculture, garment and minerals (>250 employees and >€40m turnover worldwide) ▪ Large non-EU companies in high-risk sectors: agriculture, garment and minerals (>€40m turnover in the EU)	▪ Large EU companies, listed SMEs and SMEs in high-risk sectors ▪ Large non-EU companies, listed SMEs and SMEs in high-risk sectors operating in the EU	▪ Very large French companies (≥5,000 employees worldwide) ▪ Very large non-French companies operating in France (≥10,000 employees worldwide)	▪ Very large German companies (≥3,000 employees in Germany; thereafter from 2024, ≥1,000 employees) ▪ Very large non-German companies operating in Germany (≥3,000 employees in Germany; thereafter from 2024, ≥1,000 employees)	▪ Medium-sized and large Norwegian companies (exceeding two of these three thresholds: NOK 70m turnover, NOK 35m balance sheet, 50 employees) ▪ Medium-sized and large non-Norwegian companies operating in Norway (exceeding two of these three thresholds: NOK 70m turnover, NOK 35m balance sheet, 50 employees)	▪ Large Dutch companies (exceeding two of these three thresholds: €20m balance sheet; €40m turnover; 250 employees) ▪ Large non-Dutch companies operating in the Netherlands (exceeding two of these three thresholds: €20m balance sheet; €40m turnover; 250 employees) ▪ (General duty of care for all companies operating in the Netherlands)	▪ All Austrian companies (above a certain turnover to be defined) ▪ All non-Austrian companies operating in Austria (above a certain turnover to be defined)	▪ Large Belgian companies (≥250 employees and either >€43m balance sheet or >€50m turnover) ▪ Large non-Belgian companies operating in Belgium (≥250 employees and either >€43m balance sheet or >€50m turnover) ▪ SMEs operating in high-risk sectors (including conflict minerals, agriculture, garment, minerals, extractive industry and finance) and regions ▪ (General due diligence duty for all companies established or active in Belgium)
MATERIAL SCOPE	▪ Human rights ▪ Labour rights ▪ Environment (narrow list of standards, excl. climate)	▪ Human rights ▪ Labour rights ▪ Environment (incl. climate) ▪ Governance	▪ Human rights ▪ Health and safety ▪ Environment (broadly defined)	▪ Human rights ▪ Labour rights ▪ Environment (narrow list of standards: Stockholm, Minamata and Basel conventions only)	▪ Human rights ▪ Labour rights	▪ Human rights ▪ Labour rights ▪ Environment (broadly defined)	▪ Human rights ▪ Labour rights ▪ Environment (all internationally recognised environmental and climate standards)	▪ Human rights ▪ Labour rights ▪ Environment (broadly defined)
VALUE CHAIN SCOPE	▪ Own operations and subsidiaries ▪ 'Established business relationships' (direct and indirect relationships that are or are expected to be lasting, not negligible and not merely ancillary) in all tiers of the global value chain, upstream and downstream ▪ SME clients are excluded from financial institutions' due diligence	▪ Own operations and subsidiaries ▪ All business relationships in all tiers of the global value chain, upstream and downstream	▪ Own operations and subsidiaries ▪ 'Established business relationships' with suppliers and subcontractors in the global supply chain	▪ Own operations and subsidiaries (full obligations) ▪ Direct suppliers (full obligations) ▪ Indirect suppliers (companies are required to identify, prevent and mitigate impacts only if they obtain "substantiated knowledge" of abuses)	▪ Own operations and subsidiaries ▪ All suppliers and subcontractors in the entire global supply chain ▪ All other business partners supplying goods or services directly to the company	▪ Own operations and subsidiaries ▪ All business relationships in the entire global value chain	▪ Own operations and subsidiaries ▪ All suppliers and subcontractors in the entire global supply chain	▪ Own operations and subsidiaries ▪ All business relationships in the entire global value chain, upstream and downstream

Transnational Due Diligence Laws (TDDLs)

- Due Diligence Obligation/Requirement;
- Transnational Approach;
- GVCs

Le catene globali del valore (GVCs)

- Dalla «sfera di influenza» alle catene globali del valore.

  - Superamento del fenomeno «multinazionale» (gerarchico; proprietario)
  - Value Chain Management: forma più articolata e complessa di corporate power.
  - «[…] **Copernican Revolution**: the power of free market, so long both fanatically championed and fiercely contested, has for the first time been exceeded – indeed superseded the market. In both practical and conceptual terms, global value chains now anchor the world political economy» (Sobel-Read)
  - Dinamica centro-periferia;
  - Paradosso: livelli di integrazione e concentrazione più significativi (poteri di coordinamento; management; competenze *core*).
  - Dispersione geografica e rilevanza costante delle localizzazioni (centro-periferia).

- Rilievo cruciale delle pratiche di (global) *corporate ordering*: codici di condotta, contratti organizzativi, iniziative *multi-stakeholder*, sistemi di certificazione interni alle supply chains; sistemi di validazione dei processi di compliance/regulation) → *value chain regulation* → *governance by contract* (private ordering)

- Quali implicazioni sul piano della responsabilità (corporate legal liability – CLL):

  - la responsabilità (anche *punitiva*) delle società si riconnette all'esercizio della *value chain governance* (→ due diligence).

  - Il perimetro di responsabilità non dipende più dall'influenza esercitata o esercitabile ma è affidato a criteri di tipo funzionale e oggettivo (ma comunque problematici!)

    - «*Piercing the corporate veil*?» → risolvere la «disjunction» tra dimensione giuridica e dimensione organizzativa (Ruggie) → estendere lo spettro di responsabilità oltre l'autonomia della personalità giuridica (*capital boundary*).

	EU COMMISSION PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON DUE DILIGENCE	EU PARLIAMENT RESOLUTION ON CORPORATE DUE DILIGENCE	FRENCH LAW ON DUTY OF VIGILANCE	GERMAN LAW ON SUPPLY CHAIN	NORWEGIAN LAW ON TRANSPARENCY	DUTCH PROPOSAL ON RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT
VALUE CHAIN SCOPE	▪ Own operations and subsidiaries ▪ 'Established business relationships' (direct and indirect relationships that are or are expected to be lasting, not negligible and not merely ancillary) in all tiers of the global value chain, upstream and downstream ▪ SME clients are excluded from financial institutions' due diligence	▪ Own operations and subsidiaries ▪ All business relationships in all tiers of the global value chain, upstream and downstream	▪ Own operations and subsidiaries ▪ 'Established business relationships' with suppliers and subcontractors in the global supply chain	▪ Own operations and subsidiaries (full obligations) ▪ Direct suppliers (full obligations) ▪ Indirect suppliers (companies are required to identify, prevent and mitigate impacts only if they obtain "substantiated knowledge" of abuses)	▪ Own operations and subsidiaries ▪ All suppliers and subcontractors in the entire global supply chain ▪ All other business partners supplying goods or services directly to the company	▪ Own operations and subsidiaries ▪ All business relationships in the entire global value chain

- Inerenza della situazione di rischio (di un impatto avverso) alle operazioni della società e delle proprie *subsidiaries*.
- Relazione commerciale («business relationship») → stabilire un set di criteri per identificare le relazioni commerciali rilevanti → carattere consolidato:
  - Natura del rischio;
  - Potere di *leverage*;
  - Contenuto della relazione commerciale.

Proporzionalità/ragionevolezza

Proposal for a

DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937

(e) 'business relationship' means a relationship with a contractor, subcontractor or any other legal entities ('partner')

(i) with whom the company has a commercial agreement or to whom the company provides financing, insurance or reinsurance, or

(ii) that performs business operations related to the products or services of the company for or on behalf of the company;

(f) 'established business relationship' means a business relationship, whether direct or indirect, which is, or which is expected to be lasting, in view of its intensity or duration and which does not represent a negligible or merely ancillary part of the value chain;

(g) 'value chain' means activities related to the production of goods or the provision of services by a company, including the development of the product or the service and the use and disposal of the product as well as the related activities of upstream and downstream established business relationships of the company. As regards companies

- Elementi di complessità delle catene globali del valore come contesto di applicazione delle «transnational due diligence laws»

  - Complessità soggettiva/complessità del *network*
  - Pluralismo spaziale (giurisdizione)
  - Pluralismo normativo (diritto applicabile)

    - → situazioni transnazionali/condizioni di *cross-normativity* nella definizione degli assetti di *compliance* della società, in rapporto alla catena del valore, e nella valutazione da parte di un giudice o di altra agenzia di *enforcement.*

Article 4

Due diligence

1. Member States shall ensure that companies conduct human rights and environmental due diligence as laid down in Articles 5 to 11 ('due diligence') by carrying out the following actions:

   (a) integrating due diligence into their policies in accordance with Article 5;

   (b) identifying actual or potential adverse impacts in accordance with Article 6;

   (c) preventing and mitigating potential adverse impacts, and bringing actual adverse impacts to an end and minimising their extent in accordance with Articles 7 and 8;

   (d) establishing and maintaining a complaints procedure in accordance with Article 9;

   (e) monitoring the effectiveness of their due diligence policy and measures in accordance with Article 10;

   (f) publicly communicating on due diligence in accordance with Article 11.

- Corporate Liability → violazione di un obbligo di *due diligence*.
- Modello di responsabilità che deve essere distinto da una responsabilità associata alla causazione di un impatto avverso o all'aver contribuito a determinarlo.
- Per es. **UNHRC Proposal for a Legally Binding Instrument to regulate the activities of TNCs**

8.6. States Parties shall ensure that their domestic law provides for the liability of legal and/or natural persons conducting business activities, including those of transnational character, for their failure to prevent another legal or natural person with whom they have had a business relationship, from causing or contributing to human rights abuses, when the former controls, manages or supervises such person or the relevant activity that caused or contributed to the human rights abuse, or should have foreseen risks of human rights abuses in the conduct of their business activities, including those of transnational character, or in their business relationships, but failed to take adequate measures to prevent the abuse.

8.7. Human rights due diligence shall not automatically absolve a legal or natural person conducting business activities from liability for causing or contributing to human rights abuses or failing to prevent such abuses by a natural or legal person as laid down in Article 8.6. The court or other competent authority will decide the liability of such legal or natural persons after an examination of compliance with applicable human rights due diligence standards.

- Transnational Corporate Regulatory Offense → modello del «failure to prevent»/violazione dell'obbligo di *due diligence*

    - Responsabilità per fatto proprio: inosservanza dell'obbligo di *due diligence* con riferimento alla situazione di rischio rilevante;
    - Carattere «regolatorio»: violazione di una disciplina che ha ad oggetto un dovere di auto-organizzazione dell'ente;
    - Illecito autonomo, a base organizzativa;
    - Connessione oggettiva tra ente ed impatto avverso/reato: oggettivo-funzionale;
    - L'ente non è punito per aver causato o contribuito a causare l'impatto avverso o il reato (illecito di rischio?)
    - Giudizio di congruità funzionale/appropriatezza normativa delle misure adottate dall'ente.
    - Dovere di prevenire/obbligo di due diligence si proiettano oltre l'organizzazione formale dell'ente (GVCs).
    - Portata transnazionale del dovere di *due diligence.*

- Transnational Due Diligence Laws: progetto molto ambizioso e radicale per tutelare, su nuove basi, i diritti umani, garantire i transnational public goods e promuovere la sostenibilità.

  - Individua i *corporate actors* come «*transnational value chain self-regulator enforcer*».
  - Tenta di risolvere le criticità e i limiti dei modelli della «old governance» (diritto internazionale pubblico; «statist architecture»).
  - *New Governance* come modello di regolazione adeguato alla complessità dell'attività economica contemporanea, specialmente nel contesto delle catene globali del valore.
  - Promuove dinamiche sostenibili di «internazionalizzazione» degli *standard* di tutela dei diritti umani e degli altri *global goods* attraverso i processi di corporate ordering delle società che operano nell'ambito delle GVCs.
  - Localized globalism/Globalized localism → compliance come *processo normativo inter-legale* (R. Wai).

- GVCs → pluralismo normativo → «jurisdictional anxities» → **problemi di diritto applicabile** (selezione dei quadri giuridici di riferimento per stabilire la responsabilità di società ed enti e valutare l'appropriatezza delle misure adottate).
- Problema attualissimo nell'ambito del decreto legislativo n. 231/2001 (ora che definitivamente se ne afferma l'applicazione in relazione ad enti privi di elementi di collegamento con il territorio dello Stato).
- Es. responsabilità di una *lead firm* per violazione di un obbligo di due diligence.

  - Norme e *standard* giuridicamente cogenti od applicabili nella giurisdizione di residenza;
  - Norme e *standard* giuridicamente applicabili in funzione dell'adesione dell'ente a regimi transnazionali (privati o ibridi) di regolazione, oppure di vincoli contrattuali o di iniziative per es. multistakeholder cui la società prenda parte.
  - Norme e *standard* applicati dalla società, anche in ragione del suo inserimento funzionale o formale nell'ambito di una catena o di un gruppo;
  - Norme e standard applicabili in ragione del contesto di riferimento/settore, riconosciuti a livello internazionale.

«*navigating through (global)supply chain pluralism*»

- Dinamiche *core-periphery* rilevanti per identificare i parametri sostanziali di responsabilità (rilievo del contesto regolatorio e normativo di operatività dell'impresa supplier).
- Riferimento agli «standard internazionali» non è risolutivo di per sé (standard rivali; conflitti).
- Esigenza di definire regole (conflict of laws rules) per gestire queste particolari situazioni di cross-normativity.
- Conflitti normativi diagonali/obliqui vs. conflitti verticali.

- Pratiche di «accomodation»/straddling pratice → taking into account practice (foreign law).
- *Due diligence come interface legal device* → abilita il giudice e le altre parti di un giudizio ad instaurare connessioni normative e stabilire situazioni di inter-legalità. Ma come si definisce la regola che deve decidere il caso?
- Proposta per il decreto legislativo n. 231: identificare parametri che orientino il giudice nella selezione degli elementi normativi rilevanti per valutare la responsabilità dell'ente nelle situazioni di cross-normativity.

La strategia spaziale delle Transnational Due Diligence Laws (prescriptive jurisdiction).

- Limiti dell'extraterritorialità applicata nell'ambito della corporate business regulation e della corporate (criminal) liability → conflitti di giurisdizione/spazi di impunità → approcci universalistici (post-Kiobel).
- TDDLs applicano tendenzialmente un modello territoriale a carattere funzionale o normativo (criterio del *doing business*) → contatto funzionale/economico → indicatori per misurarlo → es. Bribery Act 2010 (tipico delle *parent-based regulation*).

- Approccio molto innovativo della CSDDD:
  - *Territorial extension:* indicatori economici (*turnover* conseguito nel mercato europeo) → soglia di contatto significativa, a carattere funzionale, con il territorio europeo → misurabile!

  - Soprattutto, le TDDLs prevedono un effetto transazionale associato all'obbligo di *due diligence* (proiezione regolatoria) → transnational regulatory effects → corporate ordering come vettore di trasmissione di contenuti normativi al di là dei limiti della giurisdizione formale.

- Approccio del decreto legislativo n. 231/2001 al tema della *prescriptive jurisdiction.*
  - art. 4: inadeguato ad affrontare il *jurisdcitional pluralism* che connota l'attività economica transnazionale.
  - Contrasto con il diritto internazionale pubblico e la prassi internazionale in materia di *prescriptive jurisdiction* con riferimento a soggetti collettivi.
  - Proposte per dotare il decreto n. 231 di una prospettiva transnazionale operativa (modifica dell'art. 4; interpretazione conforme al diritto internazionale pubblico).

Grazie per l'attenzione!

Giuseppe Di Vetta
Assistant Professor in Criminal Law
Scuola Superiore Sant'Anna
Avvocato – Studio Legale prof. avv. Tullio Padovani
giuseppe.divetta@santannapisa.it
avv.giuseppedivetta@studiopadovani.it