

I RIMEDI CONTRATTUALI ALLA VIOLAZIONE DEL MODELLO ORGANIZZATIVO E I CODICI ETICI

Nel dibattito sul modello organizzativo introdotto dal d.lgs 231/2001 si assiste ad un scarso interesse giurisprudenziale e dottrinale sui riflessi civilistici derivanti dal suo inadempimento. Da un lato l'ambito del d.lgs 231/2001 lascia in secondo piano il diritto civile, essendo focalizzato sul penale, commerciale, amministrativo, dall'altro si assiste ad una difficoltà di qualificazione del fenomeno in base alle categorie dello stretto diritto civile. Tuttavia con la sempre maggior rilevanza assunta dal modello organizzativo e dai codici etici tale prospettiva non sembra trascurabile. Va sottolineato come il modello organizzativo ma soprattutto i codici etici, infatti, oggi abbiano oltre alla una funzione tradizionale per cui sono nati agli inizi del novecento negli USA di protezione dell'impresa di fronte a procedimenti giudiziari e scandali gravi, una funzione promozionale volta a guadagnare spazi competitivi di mercato, una premiale per ottenere quei vantaggi previsti dalla legislazione comunitaria o italiana per quelle società che rispettano determinati principi o *standards* o sono in possesso di determinate certificazioni. Di fatto ormai il modello organizzativo e i codici hanno perso a livello non solo italiano, ma globale il carattere volontario che ne aveva caratterizzato la prima fase di espansione. Ciò non solo per la introduzione del d.lgs 231, ma anche perché in assenza di un modello organizzativo adeguato il giudice potrebbe derivare gli *standards* e i criteri di condotta da quelli delle altre imprese che operano nel medesimo settore.

La molteplicità dei documenti etici e dei codici di condotta rende, però, difficile un discorso unitario. Per poter valutare, infatti, la possibilità di un loro *enforcement* e i rimedi in caso di inadempimento è necessario considerare: la natura dei codici adottati e il tipo di ruolo che l'impresa attribuisce al documento etico lo stile, la tipologia di pregiudizi sofferti (bisogna distinguere il danno per discriminazione, lavoro forzato, pregiudizi ambientali, corruzione oppure il mancato completamento oppure la mancata formazione o formazione inadeguata o un sistema disciplinare carente) e i soggetti legittimati ad agire (ad esempio terzi non identificati, dipendenti diretti, fornitori o *partners*). Questi quattro fattori non solo incidono in modo determinante sulla loro efficacia, ma possono portare a combinazione e risultati assai diversi.

Sembra dunque necessario muovere da una definizione in particolare dei codici etici che sono posti al centro del modello organizzativo e che paiono sfuggire a classificazioni precise. Nonostante le difficoltà di un inquadramento in un unico istituto si avverta in modo evidente, come hanno dimostrato i tentativi di qualificazione in promessa al pubblico, contratto a favore di terzo o qualità del bene e della prestazione o quale figura a tutela esclusiva dei consumatori per le perplessità e le obiezioni ad essi mosse, si impone all'interprete la necessità di una ricostruzione, che colga il loro significato profondo nell'ambito dei poteri dei soggetti di regolare i propri comportamenti e la propria attività. Muovendoci in questa direzione, non si può non cogliere il tratto fondamentale che caratterizza i codici: essi non possono che essere definiti come atti espressione dell'autonomia privata che suscitano un affidamento nei terzi che a diverso titolo entrano in contatto con la società. Essi entrano in tutti rapporti interni ed esterni modellandoli e conformandoli non solo a valori e principi, ma anche a direttive e comandi aventi efficacia giuridica. Dovrà, dunque, essere valutata nel caso concreto, alla luce delle clausole previste, la portata, i limiti e gli effetti di questo affidamento. Una funzione importante dei codici etici riguarda le regole interne, espressione del potere dell'imprenditore di organizzare l'attività, individuando le condotte a cui i dipendenti sono tenuti. Esse concretizzano gli obblighi codicistici di buona fede, diligenza e correttezza, specificando i comportamenti in cui si estrinsecano e fornendo così all'interprete fondamentali criteri di interpretazione. Ciò si evidenzia nell'elenco predisposto dei doveri di condotta della società stessa, dei dipendenti anche amministratori, dei fornitori o clienti. Importante sarebbe, dunque, una loro enucleazione sufficientemente precisa, evitando formule vaghe e generiche.

Ciò ha portato da un lato ad adottare modelli organizzativi comuni, soprattutto sulla spinta di associazioni di categoria, a coordinarli e renderli omogenei nei gruppi e dall'altro ad una prassi contrattuale con cui sono introdotte clausole di rispetto del modello organizzativo e dei codici etici anche per fornitori e *partners* con un modello a cascata. Sono diffusi anche specifici *Suppliers' codes of conduct*. Nel caso non avvenga, potrebbe essere prospettata l'estensione del principio di cui all'art.1341 c.c., sulla considerazione che i codici sono ormai documenti pubblici conosciuti e conoscibili, a cui spesso viene dato grande risalto anche nelle comunicazioni con i mass media. Tali documenti costituiscono, inoltre, parte integrante del contratto di lavoro.

Nell'ambito dei rapporti di collaborazione o fornitura è, ormai, prassi costante l'inserimento una clausola risolutiva espressa che preveda in caso di mancato rispetto del modello organizzativo e del documento etico la risoluzione del contratto. Tuttavia va sottolineato come la mancata predisposizione di questa clausola non dovrebbe incidere e, quindi, per la grande rilevanza del modello organizzativo e del codice etico potrebbe essere comunque prospettata la risoluzione del contratto. Si nota, però, che in tale ipotesi la condotta va comunque valutata alla luce dell'importanza dell'inadempimento e, quindi, deve essere considerata sia il tipo di inadempimento sia la natura della disposizione violata. Diverso è, infatti, non introdurre un modello organizzativo o introdurne uno inadeguato rispetto alle prassi del settore dalla violazione di una clausola di scarsa rilevanza o meramente aspirazionale del codice etico. Va, peraltro, notato che se uno dei contraenti non aveva un modello organizzativo adeguato nel momento di conclusione del contratto, non lo ha mai predisposto e tale condotta viene tollerata, difficilmente potrà essere chiesto per questo la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni perché magari è stato sollevato uno scandalo.

La giurisprudenza statunitense, che maggiormente si è concentrata sul tema, ha individuato criteri rigorosi per la vincolatività del codice nei confronti sia dei dipendenti che dei terzi: *“first, (it must) contain a promise clear enough that an employee would reasonably believe that an offer has been made. Second, the statement must be disseminated to the employee in such a manner that the employee is aware of its contents and reasonably believes it to be an offer. Third, the employee must accept the offer by commencing or continuing to work after learning of the policy statement”*. Espressioni quali *“tale comportamento potrebbe risultare in un'azione disciplinare o nella risoluzione del contratto”* non sono stati considerati vincolanti perché solo esemplificative. L'indirizzo non è condivisibile perché vanifica la funzione stessa del codice.

Se questo problema potrebbe già rendere complesso l'*enforcement* del codice nei confronti del dipendente diretto, più complesso è la sua vincolatività nei confronti dei fornitori o imprese parte della catena produttiva. Ciò dipende dalla volontà di evitare un linguaggio che conferisca diritti in capo ai lavoratori di una società terza, come espressamente dichiarato da un'impresa *“se nel codice ci riserviamo di svolgere ispezioni nella fabbrica di un fornitore non lo facciamo per loro ma per noi”*. Un codice di una importante società alimentare specifica che *“this Code, or the demonstration of its compliance, does not create any third-party beneficiary rights for the Supplier”*.

Tale previsione suscita perplessità. Invero potrebbe essere configurata come una clausola di esonero da responsabilità e, quindi, non si applicherebbe nei casi di dolo o colpa grave. Stante la delicatezza della fattispecie e degli interessi in gioco la colpa grave dovrebbe essere costruita con attenzione rigorosa. Inoltre potrebbe essere ritenuta una clausola che priva il codice della sua efficacia sostanziale e quindi considerata come non apposta. In caso contrario il codice etico finirebbe per essere una dichiarazione di impegni senza alcun valore da utilizzare a soli fini promozionali a vantaggio dell'impresa, e non implicherebbe alcuna operatività.

La scelta di impiegare disposizioni vaghe non pare comunque vantaggiosa. Innanzitutto, possono non venire considerati adatti a raggiungere lo scopo che si prefiggono e perciò, ad esempio non essere ritenuti adeguati ai sensi del modello organizzativo delineato dal d.lgs 23/2001. Si può citare una sentenza di merito che afferma la necessità che le cosiddette "linee guida" e il codice etico abbiano caratteristiche di specificità: nel caso di specie le previsioni erano del tutto generiche e astratte (spesso, come si dirà, tautologiche rispetto alle norme penali vigenti) senza che fosse in alcun modo delineato un chiaro protocollo di lavoro in relazione alle diverse procedure normalmente seguite all'interno di un ente che pure ha quella oggetto esecuzione di appalti anche pubblici. E poi viene ribadito che "Tali possono essere al più quelle delle associazioni di settore, ma i singoli enti debbono adottare modelli specifici". Questo è oggi l'indirizzo maggioritario in giurisprudenza, dove si richiede un modello organizzativo e un codice realmente funzionali e adatti alla natura di quell'impresa. Non solo loro assenza, il riferimento giurisprudenziale sarebbe comunque la prassi del settore. D'altra parte, si assiste a livello europeo ad un sempre maggior controllo sui contenuti del codice non solo per verificare la loro adeguatezza ma anche validità delle disposizioni. Il caso di Walmart, in Germania, è il più famoso. Walmart aveva promulgato un rigoroso codice etico e di condotta che regolava anche la vita privata dei dipendenti utilizzando clausole standard negli Stati Uniti. I tribunali tedeschi, tuttavia, hanno rifiutato di permettere a Walmart di fare appello alla natura non vincolante del codice che avrebbe permesso di sfuggire alla revisione giudiziaria. Hanno dunque annullato numerose clausole sia per violazione di principi procedurali, cioè i diritti di partecipazione del comitato aziendale, sia per lesione dei diritti fondamentali.

Una questione complessa riguarda la configurazione dell'inadempimento del modello organizzativo e dei codici etici. Il tema è delicato perché da un lato non si può far coincidere ogni

possibile violazione con un inadempimento dall'altro non si deve trasformare questi documenti in meri strumenti promozionali.

Innanzitutto è fondamentale l'analisi della clausola soprattutto con riguardo alla sua idoneità a fondare un obbligo giuridico. Alcune violazioni, integrando già violazioni di leggi o regolamenti, potrebbero essere frutto di una eventuale responsabilità: così sono solo di stile oppure volte a influenzare il pubblico le clausole con cui viene dichiarato il rispetto di tutte le leggi e regolamenti. Deve essere precisato che, come chiariscono anche alcuni codici, il documento etico è più ampio del modello organizzativo. Pertanto vi possono essere violazioni del primo senza che siano infrante regole del secondo. Ad esempio, quando vi è un'infrazione ai sensi del d.lgs 231/01, pare prospettabile una eventuale responsabilità, ovviamente sulla base di un'analisi del fatto concreto. Invece, un'affermazione come l'impresa "*is keen to promote the best of local culture and creativity*" è solo uno slogan, privo di qualsiasi effetto. Diversi sono, poi, gli impegni a non utilizzare fornitori che impieghino lavoro schiavizzato o minorile o ad adottare tecnologie a tutela dell'ambiente per la loro maggior stringenza e precisione.

Ovviamente la valutazione deve essere effettuata bilanciando gli interessi in gioco e alla luce del principio di ragionevolezza. E' chiaro che l'impegno a tutela dell'ambiente non può divenire un obbligo a sperimentare o ad adottare tecnologie costosissime, ma semplicemente si estrinseca in un impiego di tecniche valide, anche se bisogna considerare il tenore letterale clausola, perché in alcune ipotesi si afferma l'uso di pratiche ambientali migliori di quelle sul mercato o previste dalla legge. Analogamente quando si afferma l'obbligo esteso anche fornitori e partner di non utilizzare lavoro minorile, ci si vincola a non impiegarlo direttamente, a far introdurre con il meccanismo a cascata questo principio alle imprese parte della catena produttiva, ma non si può certo chiedere la predisposizione di meccanismi di *monitoring* per tutti subfornitori anche quelli lontani nella catena produttiva: i costi sarebbero elevati e irragionevoli. Forse parzialmente diversa potrebbe essere la soluzione, se la società garantisse espressamente un determinato comportamento di tutti i suoi fornitori e di tutte le imprese parte della catena produttiva. Questo genere di clausole viene inserito principalmente per scopi di immagine o in risposta a scandali mediatici, ma tradisce spesso una scarsa consapevolezza dello strumento giuridico adottato. Esse potrebbe addirittura determinare una responsabilità "quasi oggettiva" a carico dell'impresa.

Il tema dell'inadempimento perciò deve essere valutato anche alla luce della funzione dell'impresa e dell'interesse sociale. Ci si domanda cioè fino a che punto il rispetto del modello organizzativo e soprattutto del codice etico possa porsi in contrasto con l'interesse sociale e quindi determinare una responsabilità da inadempimento. Anche qui si può distinguere tra la parte del modello organizzativo che attiene alla mappatura del rischio, ai sistemi di controllo, alle procedure interne di formazione perché è evidente che esse rispondano all'interesse sociale e quindi una loro violazione non solo costituisce un inadempimento ma può giustificare anche azioni di responsabilità nei confronti del management e i codici etici veri e propri in cui il tema è maggiormente complesso.

E' stato autorevolmente osservato che essi costituiscono un limite al perseguimento dell'interesse sociale o una modalità necessaria per realizzarlo. Ciò è evidente quando vi è una direttiva precisa di comportamento, ma anche quando il codice illustra dei principi o valori a cui attenersi. Oggi il dibattito fra *stakeholders theory* e *shareholders primacy* sembra trovare un punto di approdo nella tendenza generale a ritenere che vada perseguito un *enlightened shareholders value*, il quale impone nel perseguire il miglior interesse della società di considerare anche i differenti *stakeholders*. A determinare il "miglior interesse dell'impresa" concorrono oggi, come sottolineato, non solo fattori economici diretti, ma anche sociali. E' evidente infatti che uno scandalo in cui viene coinvolta una società, ad esempio accusata di utilizzare *forced labour*, può causare pubblicità negativa, lesione dell'immagine, boicottaggio dei prodotti che si riflettono poi in danni economici o perdita di spazi di mercato. Questo aspetto risulta evidente se si considera il valore promozionale dei codici e delle iniziative di responsabilità sociale sempre più promosse dalle imprese.

E' evidente, infatti, che la scelta di determinati fornitori e *partners* e la predisposizione di meccanismi di controllo per assicurare il rispetto di adeguati *standards* di lavoro comporta costi sia nel procedimento di selezione, sia nel monitoraggio, ma previene danni che possano essere anche gravi. Queste valutazioni devono comunque essere improntate a ragionevolezza e a un bilanciamento degli interessi e le misure previste per rispettare il codice non possono essere troppo onerose o comportare sforzi e costi superiori alla diligenza richiesta per quel tipo di attività d'impresa.

Deve essere osservato come l'inadempimento del modello organizzativo potrebbe far sorgere una responsabilità dell'impresa per condotte delle sue controllate e fornitori nei confronti di terzi. Le due ipotesi devono essere distinte. Con riguardo alla prima si nota l'emergere seppur oscillante a livello europeo di una giurisprudenza che considera responsabile la holding per violazione dei diritti umani o danni ambientali compiute in paesi terzi da parte delle sue controllate. Tale responsabilità per omessa vigilanza è aggravata nel momento in cui l'impresa dichiara di assicurare il rispetto del codice etico e del modello organizzativo nel gruppo o vengono coordinate queste policy a livello centrale. Non si tratta, quindi, di una *day to day activity* quanto piuttosto di una verifica del rispetto delle direttive. Il controllo può essere più stringente se così configurato nel documento, per i rapporti all'interno del gruppo o per la natura dell'attività svolta, ma non tale da risultare troppo gravosi o da incidere sull'autonomia gestionale delle società controllate o collegate.

Allo stesso modo potrebbe essere prospettata la responsabilità dell'impresa per il mancato controllo e imposizione di questi *standards* ai suoi fornitori e *partners* soprattutto quando operano in paesi che non hanno la stessa tutela e in cui tale vigilanza sarebbe l'unica in grado di assicurare il rispetto di certi diritti. In tali fattispecie il tema centrale riguarda i limiti e il contenuto di quest'obbligo di monitoraggio, che spesso risulta in pratica difficile da attuare. Si consideri ad esempio l'ipotesi di una impresa che dichiara il rispetto dell'ambiente da parte sua e dei suoi fornitori e successivamente si scopra che uno di essi non ha mai preso misure per limitare l'impatto ambientale, anzi ha peggiorato la situazione. Ci si interroga se l'impresa possa venire chiamata a rispondere per omessa vigilanza. In dottrina si è messo in luce quando una società aderisce a determinati *standards*, dichiara di implementarli di obbligare i suoi fornitori a rispettarli e li pubblicizza e poi li viola si ha un comportamento contrario a buona fede. Si tratterebbe infatti di una ipotesi di *venire contra factum proprium*.

La risposta non può prescindere da una valutazione della fattispecie concreta e quindi della natura del rapporto, dall'attività svolta, dall'obbligo assunto, dalle caratteristiche del comportamento tenuto. Casi significativi si ritrovano nella giurisprudenza statunitense che ha generalmente ritenuto i codici etici non sufficienti a creare obblighi di controllo *day-to-day* nei confronti dei fornitori e quindi di fatto sancendo una loro limitata efficacia. Va però precisato che viene sempre specificato come l'analisi si fondi su una determinata clausola e che quindi il codice

potrebbe ben contenere una regolamentazione più precisa e stringente oppure tale controllo potrebbe essere necessario alla luce dell'attività d'impresa per mantenere gli *standards* stabiliti nel codice. Peraltro ben diverso è il caso di una costante violazione del modello organizzativo da parte del fornitore come ad esempio una corruzione sistemica, sfruttamento del lavoro, da quello di un episodio isolato che più facilmente può sfuggire al monitoraggio. Si avverte come in alcuni casi potrebbe essere configurata un'azione da parte dei danneggiati dall'impresa direttamente o per mancato controllo. Ad esempio, possono essere prospettati casi di danno ambientale da parte dei cittadini di una zona in cui sono state svolte attività di contaminazione direttamente o da un fornitore o di una altra impresa che invece si vede privata di una opportunità economica per effetto di corruzione o comportamenti volti a distorcere la concorrenza.

Uno degli aspetti che deve essere valutato è infatti come l'inadempimento del modello organizzativo e dei principi stabiliti nel codice etico possano determinare un aggravamento della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Si pensi ad esempio ad una società che ha un modello organizzativo ben strutturato e che dichiara di richiedere, in via imprescindibile, per tutte le attività poste in essere, l'integrità etico-professionale, la correttezza dei comportamenti ed il pieno rispetto di leggi e regolamenti in tutti i Paesi in cui esso opera e dei principi di onestà, affidabilità, imparzialità, lealtà, trasparenza, correttezza e buona fede. Avviene poi nell'estate di quest'anno un incidente assai noto che, fermo restando i doverosi accertamenti che dovranno essere svolti, permette di dubitare dell'adesione a questi principi nell'esecuzione della prestazione a carattere pubblico. E' evidente che nel valutare l'inadempimento del contratto deve essere considerata la dichiarazione stessa della società che si presenta sul mercato con una determinata configurazione e che sembra aderire ad uno standard elevato di comportamento. Ciò determina un maggiore affidamento dei terzi che entrano in contatto con l'impresa. Pertanto lo standard dovrà essere più rigoroso.

Qualora si tratti di un'ipotesi che riguardi l'inadempimento di un modello organizzativo nei rapporti tra imprese si segnalano tra i pregiudizi che potrebbero essere richiesti i danni economici derivanti dall'inadempimento del modello organizzativo, tra cui ad esempio l'eventuale perdita di valore delle azioni o il danno da chance (Si pensi ad esempio ad una impresa che è in gara per ottenere un appalto e di cui viene diffusa la notizia che il fornitore principale non avendo implementato in modo corretto il modello organizzativo è coinvolto in episodi di corruzione e che

quindi per questa ragione perde tale opportunità) e i danni non patrimoniali, seppure di difficile quantificazione, come il danno all'immagine. D'altra parte prodotti e i brand diventano simboli non necessariamente per la loro qualità, ma spesso per la loro immagine o per aver saputo interpretare meglio di altre il periodo.

Un ulteriore profilo può riguardare specificatamente le previsioni che attengono ad esempio alle condizioni della produzione, alla condotta dell'impresa nei rapporti con entità statali o governative e quindi di fatto la responsabilità dell'impresa nei confronti di terzi consumatori . Il tema è stato affrontato negli USA nel caso Nike/Katsky con cui si è notato che perché vi sia una attività promozionale non è necessaria una *“reference to any product, instead encompassing every factual statement a business makes about its operations or the conditions in which employees supplying its firms work”* ma è sufficiente che la dichiarazione sia rivolta ad un gruppo di consumatori tendente ad influenzare la loro percezione e scelta. Quando la società è munita di un codice etico, che prevede il rispetto dei diritti umani delle condizioni di lavoro dell'ambiente della normativa nazionale e internazionale, si ravvisano impegni fermi e verificabili alla luce degli art. 21, comma 2, lett. b e 27 bis del codice del Consumo, con le conseguenze previste da questa normativa in quanto non solo viola la diligenza professionale, ma è idoneo a falsare il comportamento del consumatore medio o comunque di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile e vulnerabile, non essendo neppure rilevante che ciò concretamente avvenga. Infatti, la conoscenza che l'impresa non rispetta determinati parametri, è un'informazione che potrebbe alterare in maniera decisiva la scelta di rivolgersi ad essa, preferendola ai concorrenti. Il caso tedesco della Lidl è diventato altrettanto famoso e mostra quanto sia difficile per le imprese fare appello al carattere "volontario" e non vincolante dei loro codici, ogniqualevolta dichiarino di rispettare obblighi concernenti il bene pubblico, ma in pratica non li rispettino. Lidl è stato, infatti, citato in giudizio, con successo, per condotta anticoncorrenziale quando con pubblicità false ha dichiarato di aver adempiuto ai propri obblighi contenuti nel codice.

I rimedi concretamente esperibili vanno verificati in concreto perché dipendono dalla disposizione violata. Tra essi si segnalano innanzitutto le azioni di classe. Benchè la diffusione di questo istituto incontri nel nostro ordinamento notevoli difficoltà derivanti sia da condizioni ambientali/strutturali sia da una tecnica legislativa inadeguata che ne ha segnato fin da subito la scarsa fortuna, emerge come alcune fattispecie potrebbero giustificare l'esperimento di tale azione.

Essa avrebbe poi conseguenze sia patrimoniali, ma soprattutto in termini di immagine e di posizionamento sul mercato. Va, però, osservato che l'esperimento delle *class actions* sia complessa in questa fattispecie: non è semplice, infatti, provare né l'influenza del codice nella scelta del consumatore né la quantificazione del pregiudizio realmente subito. Si pensi ad esempio, alla violazione di una disposizione sul rispetto dell'ambiente. Difficilmente coloro che acquistano un bene prodotto a condizioni inferiori rispetto a quelle dichiarate subiscono un effettivo pregiudizio, quantificabile economicamente. Spesso è addirittura più vantaggioso economicamente. Né è prospettabile un risarcimento del danno non patrimoniale.

Infine potrebbe essere applicato l'art. 27 cod. cons., che stabilisce il potere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e di eliminare gli effetti: "a tale fine, l'Autorità si avvale dei poteri investigativi ed esecutivi di cui al citato regolamento 2006/2004/CE anche in relazione alle infrazioni non transfrontaliere. Per lo svolgimento dei compiti di cui al comma 1 l'Autorità può avvalersi della Guardia di finanza che agisce con i poteri ad essa attribuiti per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e dell'imposta sui redditi".

Si avverte come il tema dei rimedi civilistici all'inadempimento del modello organizzativo e dei codici etici appare ancora quale *work in progress*, tuttavia proprio per le possibili conseguenze che potrebbero sorgere da un mancato rispetto è necessaria prudenza e attenzione per proteggere l'impresa ed evitare che sue stesse dichiarazioni si trasformino in fonti di responsabilità o aggravino la responsabilità già esistente.

Prof. Avv. Francesca Benatti