



in collaborazione con



27 Settembre 2011

CONVEGNO

D. Lgs. 231/01 al traguardo dei 10 anni: *il bilancio di un successo?*

Roma – NH Hotel Leonardo

Internal Auditing e D. Lgs. 231/01



GIAN MICHELE MIRABELLI

Membro del CdA, AIIA

Un bilancio sui primi 10 anni di applicazione del D. Lgs. 231/2001



ALESSANDRO DE NICOLA

Senior Partner Orrick

Un bilancio sui primi 10 anni di applicazione del D.Lgs. 231/2001



L'esperienza degli ultimi anni ha certamente messo in evidenza come una buona disciplina di *corporate governance* costituisca un elemento fondamentale e imprescindibile per perseguire una duratura creazione di valore, aumentare la fiducia di investitori e clienti ed assicurare la crescita economica.

Un bilancio sui primi 10 anni di applicazione del D.Lgs. 231/2001

I ciclici casi di turbolenza finanziaria hanno infatti dimostrato come un adeguato sistema dei controlli interni, costituito da un insieme di regole, procedure e strutture organizzative volte ad assicurare il corretto funzionamento ed il buon andamento dell'impresa, può garantire, con un ragionevole margine di sicurezza, l'efficacia dei processi aziendali, un adeguato controllo dei rischi, l'attendibilità e l'integrità delle informazioni, la salvaguardia del patrimonio.

Un bilancio sui primi 10 anni di applicazione del D.Lgs. 231/2001

In questa prospettiva il D.Lgs. 231/2001 ha assolto negli anni un ruolo centrale.



MODELLO ORGANIZZATIVO

=

OPPORTUNITA' PER

- ripensare alla propria struttura organizzativa
- valutare l'efficacia ed efficienza dei presidi di controllo già in essere
- prevenire l'insorgere di rischi reputazionali prima ancora che finanziari

Un bilancio sui primi 10 anni di applicazione del D.Lgs. 231/2001

Dopo dieci anni di applicazione del D.Lgs. 231/01, l'attenzione verso questa disciplina può dirsi tutt'affatto che affievolita, come dimostrano talune proposte di legge inerenti:

- ❑ modifiche strutturali alla disciplina introdotta dal D.Lgs. 231/01
- ❑ introduzione di una nuova categoria di reati-presupposto

Modifiche strutturali alla disciplina introdotta dal D.Lgs. 231/01

- 1) Schema di disegno di legge presentato il 7 luglio 2010 dall'Agencia di Ricerca e Legislazione (AReL), con la partecipazione del Ministro della Giustizia On. Alfano;
- 2) Proposta di legge n. 3640, presentata dall'On. Della Vedova il 19 luglio 2010.

1) La Proposta AReL

Tale proposta parte dal presupposto che l'attuale disciplina contenga delle criticità, come:

- vaghezza in ordine ai **contenuti** ed alle modalità di **costruzione** dei modelli;
- incertezza nel poter fruire dell'**esimente** da responsabilità;
- **difficoltà nell'applicazione** da parte di enti di piccole dimensioni.

Per ovviare a tale carenze, la proposta, tra le altre cose, prevede:

- a) definizione di **contenuti e modalità** di costruzione dei modelli e del **ruolo svolto** dall'OdV;
- b) definizione di **ente di piccole dimensioni**;
- c) inversione dell'onere della prova a carico della pubblica accusa relativamente all'inefficacia del modello;
- d) la certificazione.


a) Definizione di contenuti e modalità di costruzione dei modelli e del ruolo svolto dall'OdV

Secondo lo schema di disegno di legge, i Modelli devono:

- a) dar conto della effettiva organizzazione dell'ente in rapporto all'estensione dei poteri delegati e all'eventuale esistenza di una attività di direzione e coordinamento, nonché far risultare i criteri utilizzati in sede di progettazione e di definizione dei contenuti del modello;
- b) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati, valutando la misura e il tipo di tale rischio in rapporto ai reati per i quali il modello è predisposto;
- c) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- d) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;

a) Definizione di contenuti e modalità di costruzione dei modelli e del ruolo svolto dall'OdV

- e) prevedere adeguati flussi informativi ed obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza, nonché dar conto dei rapporti del medesimo organismo di vigilanza con gli organi dirigenti e di controllo dell'ente e con l'eventuale organo cui partecipano i soci o gli associati all'ente;
- f) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;
- g) prevedere modalità di informazione, da parte dell'organismo di vigilanza sull' adeguatezza del modello e sulla sua efficace attuazione.

 **Sistematizzazione dei principi elaborati in sede giurisprudenziale**

b) Definizione di ente di piccole dimensioni

“Sono qualificati enti di piccole dimensioni i soggetti che, per due esercizi consecutivi, non hanno superato due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-bis del codice civile”.



Utilizzo dei medesimi criteri previsti dal codice civile per la redazione del bilancio in forma abbreviata.

c) Inversione dell'onere della prova a carico della pubblica accusa relativamente all'inefficacia del modello

Attualmente il D.Lgs. 231/2001 prevede che :

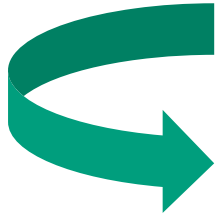
- se il reato è commesso da **soggetti apicali** sussiste la presunzione di colpevolezza, per cui l'ente dovrà provare di essere esente da responsabilità;
- se il reato è commesso da **soggetti sottoposti a direzione e vigilanza** dei soggetti apicali, non sussiste la presunzione di colpevolezza, per cui sarà l'accusa a dover provare la responsabilità dell'ente.



Lo schema di disegno di legge prevede invece l'attribuzione, quale che sia l'autore del reato, dell'onere della prova a carico della pubblica accusa.

d) La certificazione

- introduzione della certificazione dei modelli da parte di soggetti esterni dotati di comprovata professionalità.



Art. 7-bis -(Certificazione del modello preventivo)

1. In caso di regolare certificazione di idoneità del modello preventivo secondo le modalità stabilite nel regolamento previsto al comma 4, è esclusa la responsabilità dell'ente, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato e non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede.

d) La certificazione

I soggetti idonei a certificare i modelli vengono individuati in soggetti abilitati ed iscritti in apposito elenco secondo le indicazioni contenute in un Regolamento Ministeriale (tra i vari requisiti viene richiesta specifica professionalità e solidità patrimoniale per far fronte ad eventuale responsabilità) e sottoposti alla vigilanza del Ministero.

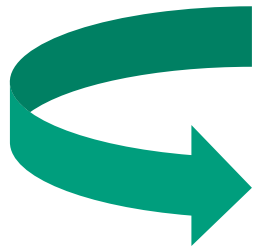
Le condizioni affinché all'adozione del modello possa attribuirsi efficacia esimente vengono individuate nella:

- corrispondenza tra modello attuato e modello certificato;
- assenza di violazioni significative;
- assenza di lacune organizzative tali da aver consentito la realizzazione del reato.

La Proposta AReL: Criticità

Un primo dubbio di carattere pratico riguarda l'individuazione dei soggetti certificatori ovvero il rapporto con i sistemi di certificazione già esistenti (es. ISO 18001, ISO 14001, etc.) che la proposta non sembra dissipare.

Ancor più, però, la proposta non risolve il problema principale circa gli strumenti da adottare per dare **concreta attuazione al modello.**



Il tempestivo e continuo controllo della coerenza con le prassi quotidianamente applicate dalle imprese nello svolgimento della propria attività ed un piano di verifiche sul grado di effettiva attuazione e diffusione del modello costituiscono un presidio fondamentale nella diffusione del presidio del controllo e sono difficilmente sostituibili da una certificazione preventiva.

2) La “Proposta Della Vedova”

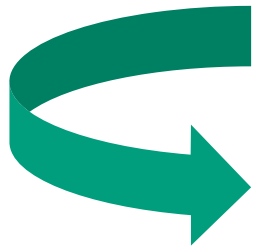
La proposta dell’On. Della Vedova si propone di favorire una diffusione della nuova cultura del controllo interno *dando maggiori garanzie di tenuta al sistema di gestione previsto dal D.Lgs. 231/2001.*

Le principali novità riguardano:

- obbligo di elezione da parte dell’assemblea dell’Organismo di Vigilanza di natura collegiale negli enti di interesse pubblico di cui all’art. 16 D.Lgs. 39/2010 (es. società quotate, banche, assicurazioni, intermediari finanziari);
- inversione dell’onere della prova (come prevede la proposta AReL);

2) La “Proposta Della Vedova”

- esclusione dell'applicazione indiscriminata delle sanzioni interdittive in via cautelare ed il corrispondente inasprimento delle pene pecuniarie.



Le sanzioni interdittive hanno potenzialmente un impatto devastante sul piano concorrenziale e la loro applicazione in sede cautelare non fa che accrescere questa situazione di rischio.

La considerazione va svolta alla luce del dato che in Italia gran parte delle imprese sono di natura medio piccola e fortemente radicata nel territorio con conseguente rischio di perdita di posti di lavoro e di danneggiamento dell'economia locale.

2) La “Proposta Della Vedova”

In particolare, la proposta vuole estendere a tutti gli enti destinatari del D.Lgs. 231/2001 il regime di esenzione delle misure cautelari attualmente previsto dall'art. 97 bis del TUB e dall'art. 60 bis del TUF, vigente per banche, assicurazioni, Sim, Sgr, Sicav.

Esenzione quest'ultima ispirata al bisogno di salvaguardare la stabilità di questi enti, del mercato in cui operano e di garantire una maggiore sicurezza agli investitori.

Nuovi Reati Presupposto: *I Reati Ambientali*

Il 7 luglio 2011 il Governo ha definitivamente approvato il D.Lgs. 121/2011 che ha recepito la Direttiva 2008/99/CE del 19 novembre 2008 sulla tutela dell'ambiente e la Direttiva 2009/123/CE del 21 ottobre 2009 che modifica la Direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni.

L'Unione Europea ha imposto l'obbligo di incriminare comportamenti fortemente pericolosi per l'ambiente, sanzionando penalmente le condotte illecite in esse individuate e introducendo un regime di responsabilità amministrativa a carico degli enti, fino a questo momento non previsto per i reati ambientali.

La Direttiva 2008/99/CE prevedeva infatti l'obbligo di punire con sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive una serie di condotte che provochino o possano provocare *“il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, ovvero alla fauna o alla flora”*, tra cui lo scarico, l'emissione o l'immissione illecita di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti, la raccolta, il trasporto, il recupero o lo smaltimento di rifiuti, l'attività di commercio o intermediazione nella gestione dei rifiuti.

I Reati Ambientali

Il nuovo Decreto ha previsto l'introduzione di due nuove fattispecie nel codice penale:

- Art. 727-bis c.p.: è punita la condotta di chi uccide un animale facente parte di specie selvatica protetta, se il fatto non costituisce più grave reato; quella di chi cattura o possiede un animale facente parte di specie selvatica protetta, se il fatto non costituisce più grave reato; la condotta di chi distrugge, di chi preleva o possieda un esemplare appartenente a specie vegetale selvatica protetta, fuori dai casi consentiti.
- Art. 733-bis c.p.: è punita la distruzione o il significativo deterioramento di un habitat all'interno di un sito protetto.

Il Decreto introduce un nuovo art. **25-undecies** nel **D.Lgs. 231/2001**, il quale rinvia sia ai due nuovi reati introdotti nel codice penale sia ad altri reati richiamati in leggi speciali.

I Reati Ambientali

In relazione al **Codice dell'Ambiente** (D.Lgs. 152/2006) sono sanzionati:

- l'effettuazione di **scarichi di acque reflue industriali** contenenti sostanze pericolose (art. 137);
- la raccolta, trasporto, smaltimento, commercio di **rifiuti in mancanza di autorizzazione** (art. 256);
- l'inquinamento del suolo, sottosuolo, acque superficiali o sotterranee con il **superamento delle concentrazioni soglia** (art. 257);
- la violazione degli obblighi di comunicazione, di tenuta dei registri obbligatori e dei formulari (art. 258);
- il **traffico illecito dei rifiuti** (art. 259);
- le **attività organizzate** (trasporto, esportazione, importazione) per il traffico illecito di rifiuti (art. 260);
- la **falsa indicazione delle caratteristiche** dei rifiuti nei certificati e l'utilizzo degli stessi (art. 260-bis);
- il **superamento dei valori limite di emissione** (art. 279).

I Reati Ambientali

Per quel che concerne la disciplina sul commercio delle specie animali e vegetali in via di estinzione (L. 150/1992), sono puniti:

- l'importazione o l'esportazione senza licenza, l'utilizzo difforme, il trasporto, il commercio o la detenzione degli esemplari elencati nel Regolamento 338/97;
- la detenzione di mammiferi e rettili selvatici o in cattività;
- la falsificazione o l'alterazione di documenti per ottenere licenze o certificati.

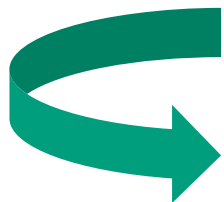
In tema di tutela dell'ozono stratosferico (L. 549/1993), sono invece represses:

- la produzione, il consumo, l'importazione, l'esportazione, la commercializzazione e la detenzione delle sostanze lesive secondo quanto previsto dal Regolamento CE n. 3093/94 (da valutare alla luce dell'abrogazione del Regolamento CE richiamato dalla norma, sostituito da ultimo con il Regolamento CE n. 1005/2009).

In ottemperanza a quanto dettato dalle Direttive comunitarie, sono stati previsti anche i **reati relativi all'inquinamento provocato dalle navi** e in particolare il **versamento colposo o doloso in mare di sostanze nocive** (artt. 8-9 D.Lgs. 202/2007).

I Reati Ambientali

La Legge comunitaria, all'articolo 19, recepisce la Direttiva indicando tra i criteri di delega quello di *“prevedere adeguate e proporzionate sanzioni amministrative pecuniarie, di confisca, di pubblicazione della sentenza ed eventualmente anche interdittive, nell'osservanza dei principi di omogeneità ed equivalenza rispetto alle sanzioni già previste per fattispecie simili e comunque nei limiti massimi previsti dagli artt. 12 e 13 del D.Lgs. 231/2001 (in materia di riduzione della sanzione pecuniaria e applicazione di quella interdittiva)”*.



Il Decreto introduce due nuove fattispecie di reato previste dalla Direttiva e integra il già lungo elenco dei reati-presupposto prevedendo la responsabilità amministrativa dell'ente nel cui interesse o vantaggio siano commessi taluni reati ambientali.

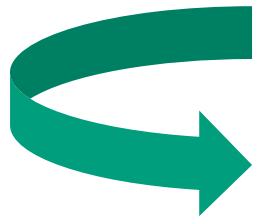
I Reati Ambientali

Il Decreto tuttavia risulta non perfettamente allineato né alla Direttiva Comunitaria né tanto meno alla legge-delega.

In primo luogo il Decreto estende in alcuni casi il regime di responsabilità amministrativa a fattispecie **prive dei requisiti di gravità e lesività richiesti dalla legge-delega**, operando un mero rinvio a fattispecie già previste dal D.Lgs. 152/2006 che, al pari della legislazione speciale, sembra aver adottato un modello di incriminazione fondato su una tecnica di **tutela anticipata**, che prescinde cioè dall'offesa ad un concreto bene giuridico.

Si pensi a talune tipologie di illecito come: l'esercizio non autorizzato dall'Autorità di determinate attività, la mera disobbedienza al contenuto di atti amministrativi, il superamento di limiti di emissione e/o immissione di sostanze nocive per l'ambiente indicati da norme extrapenal (come allegati o tabelle di matrice ministeriale).

I Reati Ambientali



Tali fattispecie sono quasi tutte riconducibili alla categoria dei reati di cosiddetto pericolo astratto, non essendo il giudice chiamato ad accertare se una determinata condotta è stata causa di un danno o di una specifica situazione di pericolo per l'ambiente ma solo di verificare se condotte ritenute, da un punto di vista empirico, pericolose per l'ambiente abbiano rispettato tutti quegli standard di sicurezza (per esempio, autorizzazioni preventive, tabelle di accettabilità, ecc.) la cui inosservanza possa ridurne la pericolosità.

- ❖ Da ciò discende la necessità di un livello maggiore di attenzione da parte di tutti i destinatari del D.Lgs. 231/2001.

I Reati Ambientali: critiche delle Commissioni Giustizia e Politiche UE

Tali perplessità erano già state evidenziate quasi per intero anche dalle Commissioni di Giustizia e Politiche UE, nei pareri dello scorso 31 maggio.

Le Commissioni avevano espresso infatti **parere favorevole allo schema di decreto legislativo** a patto che, con riferimento alla disciplina di cui al D.Lgs. 231/2001, venisse riformulato **l'art. 2 della schema**, *“al fine di adeguarlo al principio di proporzionalità della pena ed ai principi di delega di cui all'art. 19, comma 2, lett. a) e b) della legge n. 96/2010, i quali dispongono che siano previsti come reati presupposto le sole fattispecie criminose indicate nelle direttive ivi richiamate e che siano rispettati i principi di omogeneità ed equivalenza rispetto alle sanzioni già previste per fattispecie simili, evitando un generalizzato ed ingiustificato ricorso alle sanzioni del decreto legislativo n. 231 del 2001 anche per violazioni non gravi”*.

I Reati Ambientali: le sanzioni

In secondo luogo l'articolo 7 della Direttiva stabiliva l'obbligo per gli Stati membri di adottare “*le misure necessarie affinché le persone giuridiche dichiarate responsabili di reato...siano passibili di sanzioni proporzionate*” e la Legge comunitaria 2009, all'articolo 19, stabilisce che i decreti legislativi attuativi avrebbero dovuto prevedere “*adeguate e proporzionate sanzioni amministrative pecuniarie, di confisca, di pubblicazione della sentenza ed eventualmente anche interdittive*”.

Sanzioni pecuniarie: da un minimo di circa Euro 40.000, ad un massimo 1.250.000.

Sanzioni interdittive: per determinate fattispecie (ad es. lo scarico di acque reflue industriali, la discarica destinata allo smaltimento di rifiuti pericolosi, il traffico illecito di rifiuti) per un periodo non superiore a sei mesi.

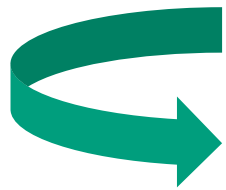
Sanzione interdittiva definitiva: se l'ente ha come scopo unico o prevalente di consentire o agevolare le attività finalizzate al traffico illecito di rifiuti (art. 260 Codice Ambiente) e per il reato di inquinamento doloso provocato dalle navi.

I Reati Ambientali: suggerimenti

Come evidenziato da numerosi autori, sarebbe forse stato opportuno che la disciplina nazionale di recepimento della tutela ambientale prevedesse una presunzione di conformità dei Modelli organizzativi adottati dalle società ai sensi del D.Lgs. 231/2001 in tutti i casi in cui questi siano definiti ed adottati conformemente a sistemi di gestione ambientale adottati dalle società stesse. Un esempio potrebbe essere il regolamento Emas (un sistema di certificazione che riconosce a livello europeo il raggiungimento di risultati di eccellenza nel miglioramento ambientale) o la norma ISO 14001 o equivalenti.

Il tema ambientale e della relativa possibilità di commettere i reati presupposto è, difatti, per la maggior parte, estremamente complesso.

I Reati Ambientali: suggerimenti



Sarebbe stato auspicabile da parte del legislatore facilitare i destinatari attraverso una sorta di guida alla predisposizione dei modelli organizzativi con efficacia esimente, definendo, come già è avvenuto per l'art. 30 del D.Lgs. 81/2008 in tema di sicurezza sul lavoro, una serie di obiettivi e alcuni requisiti minimi da rispettare.

Ciononostante, resta inteso che per quelle società che si sono già adeguate, ad esempio, allo standard ISO 14001 o al regolamento EMAS, l'attività di analisi da effettuare ai fini della predisposizione della relativa parte speciale del Modello di organizzazione, gestione e controllo potrà essere certamente agevolata dalle analisi effettuate in occasione delle suddette certificazioni.

La responsabilità degli enti in ambito europeo: recenti sviluppi

Il principio “*societas delinquere non potest*”, ormai radicato nei sistemi giuridici di *civil law*, crea una sorta di incompatibilità dogmatica tra i sistemi giuridici europei e la responsabilità penale degli enti, essendo in questi possibile solo una più limitata responsabilità di natura amministrativa o civile.

Tuttavia l'evoluzione dell'istituto della responsabilità degli enti in Europa non sempre ricalca il principio di cui sopra.



Ley Organica Spagnola



Bribery Act nel Regno Unito

La *Ley Organica* 5/2010

La Ley Organica 5/2010 entrata in vigore il 23 dicembre 2010 ha apportato una serie di modifiche al *Codigo Penal* spagnolo.

In particolare, il nuovo art. 31-*bis* disciplina la materia della responsabilità da reato delle persone giuridiche, al quale si collegano una serie di nuove disposizioni dirette a disciplinare le sanzioni applicabili ed i relativi criteri di scelta.

Il nuovo modello di responsabilità spagnolo si caratterizza per:

- l'opzione inequivoca per la natura penale della responsabilità degli enti, con superamento del tradizionale principio “*societas delinquere non potest*”;
- la previsione di tale responsabilità nella parte generale del *Codigo Penal*, e non nella legislazione speciale;
- il principio di specialità, con la previsione della responsabilità per i soli delitti in ordine ai quali è ricollegata espressamente tale conseguenza;

La *Ley Organica* 5/2010

- l'autonomia della responsabilità della persona giuridica rispetto a quella della persona fisica;
- la previsione, oltre alla responsabilità commissiva, anche di una responsabilità omissiva, *sub specie* di mancato controllo sulle condotte tenute dai propri *empleados*;
- la previsione di un possibile ruolo esimente/attenuante dei Modelli di Organizzazione dell'ente;**
- un sistema sanzionatorio ispirato al principio della pena pecuniaria quale pena tipica, con l'inflizione di pene diverse (fino allo scioglimento della società) solo in caso di concorso dei requisiti stabiliti dalla legge** (es. commissione reiterata di più reati della medesima natura);
- previsione di disposizioni ad *hoc* in materia di trasformazione, fusione, scissione o altre vicende modificative, con finalità anti-elusive della nuova normativa.**

La *Ley Organica* 5/2010

Anche se si differenzia per la natura della responsabilità (penale) e per la diversa impostazione sistematica (parte generale del Codice Penale), il Modello spagnolo presenta numerosi momenti di collegamento con il Modello italiano previsto dal D.Lgs. 231/2001:

- la tecnica normativa, come quella italiana, è quella del rinvio ad un circoscritto numero di reati, che seppur ampio è insuscettibile di interpretazione estensiva;
- il delitto deve essere commesso per conto o a vantaggio della persona giuridica;
- sono previsti due criteri di responsabilità: il primo relativo ai soggetti apicali (rappresentanti legali, amministratori di fatto e di diritto), il secondo relativo ai subordinati (sottoposti all'autorità degli apicali).

La *Ley Organica* 5/2010

Tuttavia, la Ley Organica non fa espresso rinvio ai Modelli di organizzazione e gestione se non nel prevedere tra le circostanze attenuanti *“avere stabilito misure efficaci atte a prevenire e rivelare la commissione di reati che potrebbero realizzarsi in futuro...”*.

Resta comunque il dato che la Ley Organica non abbia previsto alcuna disposizione con riferimento ai contenuti tipici o minimi del Modello, né all'attività di attuazione, controllo ed aggiornamento dello stesso.

Le persone giuridiche sono perciò del tutto prive di una guida da seguire e ampio margine è lasciato dunque all'apprezzamento da parte della giurisprudenza.

Il *Bribery Act* nel Regno Unito

Anche il Regno Unito recentemente ha approvato in via definitiva il Bribery Act 2010 (BA 2010), il quale è entrato in vigore nel luglio 2011.

Il BA 2010 disciplina *ex novo* i reati di corruzione attiva e passiva riformando l'intera disciplina risalente a più di un secolo fa.

Il BA 2010 rappresenta un codice omnicomprensivo in materia di corruzione disciplinando le seguenti fattispecie:

1. **Corruzione attiva verso soggetti pubblici o privati** (Section 1);
2. **Corruzione passiva verso soggetti pubblici o privati** (Section 2);
3. **Corruzione di un pubblico funzionario straniero** (Section 6);
4. **Mancata prevenzione della corruzione da parte delle società** (Section 7).

Il *Bribery Act* nel Regno Unito

La responsabilità penale dell'impresa così delineata è una “*Strict Liability*” formulata attraverso il reato della mancata prevenzione della corruzione: “*failure of commercial organizations to prevent bribery*”.

Il *Bribery Act* nel Regno Unito

La responsabilità dell'ente sussiste se e solo se una “*associated person*” (persona che svolge un servizio nel nome o per conto dell'impresa, considerando tutte le circostanze del caso concreto e dunque senza fermarsi alla natura del rapporto esistente tra la persona e l'ente) corrompa un'altra persona al fine di ottenere o mantenere un *business* per la prima.

I dibattiti parlamentari hanno chiarito che all'interno della categoria “*associated person*” rientrano sia le *joint venture* che le società controllate e i relativi singoli azionisti, indipendentemente dall'ampiezza della partecipazione societaria.

Il *Bribery Act* nel Regno Unito

Questo tipo di responsabilità, seppur diversa la natura, sembra trovare dei punti di contatto con il D.Lgs. 231/2001 nel momento in cui prevede un rimprovero all'ente che non abbia adottato delle procedure adeguate per prevenire la commissione di atti di corruzione nell'interesse od a vantaggio dell'ente.

Viene, inoltre, attribuita efficacia esimente alle “*adequate procedures*” che l'ente può adottare al fine della prevenzione. Le *Procedures* (molto simili ai nostri Modelli di organizzazione e gestione) possono essere adottate sulla base di **Linee Guida** che il *Secretary of State* pubblica e periodicamente aggiorna. (<http://www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf>)

Il *Bribery Act* nel Regno Unito: *Case study*

Il Bribery Act 2010 ha determinato nel sistema anglossasone un ripensamento sulle tipologie di rischio per le imprese. Come confermato infatti dai **Case Study** contenuti nelle **Linee Guida**, numerose sono le condotte commerciali potenzialmente a rischio in relazione alle tipologie di reato sopra elencate.

Alcuni *Case Study* prendono in esame i “*facilitating payments*”, le spese promozionali, le sponsorizzazioni e le elargizioni liberali. A seguito dell'introduzione, inoltre, della **corruzione privata**, possono rientrare ora come ipotesi di reato anche l'ospitalità e le regalie da parte della società verso i propri clienti, che potrebbero essere valutate come comportamenti corruttivi illecitamente volti ad ottenere nuovi contratti o a mantenere i contratti esistenti. sarà necessaria una chiara comunicazione della società relativa alla condanna di tali comportamenti, accompagnata da un programma di formazione per i dipendenti.

Il *Bribery Act* nel Regno Unito: Case study

Interessante è poi il Case study relativo alla costituzione di Joint Venture:

“A medium sized company (‘D’) is interested in significant foreign mineral deposits. D proposes to enter into a joint venture with a local mining company (‘E’). It is proposed that D and E would have an equal holding in the joint venture company (‘DE’). D identifies the necessary interaction between DE and local public officials as a source of significant risks of bribery”

Il Case study propone una serie di misure da poter adottare nella Joint Venture come:

- inserimento di un numero pari di membri all’interno del consiglio della J.V.;
- procedure interne che disciplinino: omaggi e ospitalità; acquisti; contratti con terzi, comprese le richieste di *due diligence*; relazioni con i pubblici ufficiali; conservazione dei documenti;

Il *Bribery Act* nel Regno Unito: Case study

- creazione di un *audit committee* con almeno un rappresentante di entrambe le società, che abbia il potere di visionare i conti e le spese e prepari regolarmente dei report;
- previsione dell'obbligo di adeguarsi a tutte le discipline applicabili in tema di corruzione, con la conseguenza che qualora non siano rispettate, sia prevista la risoluzione del contratto.

In tutti i casi sarà comunque necessaria una chiara comunicazione della società relativa alla condanna di tali comportamenti, accompagnata da un programma di formazione per i dipendenti.

Il *Bribery Act* per le società italiane: un nuovo Modello?

Uno degli aspetti più significativi del Bribery Act è l'extraterritorialità.

La disciplina si applica infatti, non solo alle società inglesi, ma anche alle società che svolgono attività o una parte di essa nel Regno Unito, indipendentemente dal luogo in cui la società è stata costituita.

Ciò comporta una **futura possibile responsabilità per le società italiane** che abbiano una presenza nel Regno Unito, ad esempio, attraverso una propria società controllata, ma anche nel caso in cui svolgano la propria attività attraverso agenti, distributori e associazioni temporanee di imprese.

La società si troverà dunque costretta a dover fornire la prova di aver predisposto misure adeguate rispetto a due sistemi di compliance: il D.Lgs. 231/2001 e il Bribery Act.

Il *Bribery Act* per le società italiane: un nuovo Modello?

Ciò significa che gli enti potrebbero anche ipotizzare di aggiornare i propri Modelli con l'inserimento di previsioni specifiche *ex Bribery Act*, anticipando anche l'inserimento riguardo ad un futuro reato presupposto previsto dalla Legge Comunitaria 2007, ossia la **corruzione privata**, a cui, allo stato, non è stata data ancora attuazione, nonostante il termine sia ormai scaduto da più di un biennio.

La responsabilità amministrativa ex D. Lgs. 231/2001 nei gruppi societari

I presupposti della responsabilità dell'ente:

- la peculiare qualificazione soggettiva della persona fisica che agisce (ruolo apicale o sottoposto) *ex* art. 5, lett. a e b del D. Lgs. 231/2001
- il difetto genetico o funzionale di un modello organizzativo di prevenzione
- il requisito dell'interesse e del vantaggio

La responsabilità amministrativa ex D. Lgs. 231/2001 nei gruppi societari

Legame funzionale tra autore del reato e ente: quando il legame può essere esteso alla controllante?

- Autore del reato è apicale o subordinato in entrambe le società

Nel caso in cui un soggetto rivesta delle cariche sia nella controllante sia nella controllata si deve valutare in quale veste egli abbia agito. La possibilità di effettuare questa distinzione diventa inefficace nel caso in cui la stessa persona sia amministratore della controllante e amministratore esecutivo della controllata. In questi casi il LEGAME FUNZIONALE tra autore e ente può dirsi esistente per entrambe le società

- Apicale capogruppo o holding è amministratore di fatto della controllata

L'art. 5 lascia poco spazio a dubbi circa l'esistenza del LEGAME FUNZIONALE in questa ipotesi

- Concorso del soggetto apicale della capogruppo nel reato commesso da un soggetto della controllata

Anche in questo caso il LEGAME FUNZIONALE tra reato e ente può dirsi provato

La responsabilità amministrativa ex D. Lgs. 231/2001 nei gruppi societari

Interesse o vantaggio nella commissione del reato

L'art. 5 prevede che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente

- Interesse di entrambe

l'interesse della controllata potrà coincidere anche con quello della controllante

- Interesse esclusivo e diretto della controllante

ipotesi questa in cui la controllante agisce per mezzo della controllata per ottenere vantaggi per sé



È possibile intendere l'interesse in senso ampio e considerare incluso in tale locuzione anche l'interesse di gruppo?

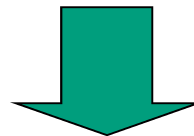
La responsabilità amministrativa ex D. Lgs. 231/2001 nei gruppi societari

Ordinanza Tribunale di Milano 20 dicembre 2004

“l’attivarsi di soggetti che non fanno parte in alcun modo delle società controllate e che non hanno alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo costituisce elemento sintomatico della finalizzazione dell’atto all’interesse dell’intero gruppo di società e, quindi, all’interesse di più società, non solo di quelle che direttamente hanno ottenuto l’aggiudicazione degli appalti ma anche delle controllanti nella prospettiva della partecipazione agli utili”

La responsabilità amministrativa ex D. Lgs. 231/2001 nei gruppi societari

A tal fine, per meglio comprendere cosa debba intendersi per "effettivo conseguimento da parte della controllante di un utile attraverso la consumazione dell'illecito" non è necessario rifarsi unicamente al concetto di **“vantaggio”** (da intendersi in termini puramente economici)



Ciò che rileva è infatti che la condotta sia stata «finalizzata» al conseguimento di un'utilità rilevante anche per la controllante, anche se non strettamente riconducibile al vantaggio economico

La responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 nei gruppi societari

- La direzione unitaria implica sempre un'ingerenza nella gestione delle controllate?

La direzione unitaria NON è sufficiente. E' necessario un coinvolgimento delle persone fisiche

- In generale, si ritiene fonte di prova del coinvolgimento e della ingerenza l'esistenza di specifiche direttive, più o meno vincolanti, o quando gli apicali della controllante hanno istigato o determinato la commissione del reato, o quando vi è un concorso morale

Nel caso specifico deciso dal Tribunale di Milano vi era stato un diretto coinvolgimento dei soggetti apicali della controllante nel reato consumato nella controllata....ingerenza nelle scelte decisionali che hanno portato al reato.

La responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 nei gruppi societari

Tribunale di Torino 9 aprile 1997

- Si pensi in concreto al caso in cui sia ravvisabile in capo alla capogruppo il compito di determinare la specifica politica di gruppo, rimanendo in capo agli amministratori delle controllate la sola scelta delle modalità attuative
- In tale ipotesi, infatti, si potrebbe anche ravvisare **un'idoneità preventiva degli indirizzi strategici della capogruppo a determinare** i destinatari degli stessi, eventualmente appartenenti alle società controllate, alla **commissione di reati**



Sul punto si è pronunciato il Tribunale di Torino che ha riconosciuto l'esistenza di un concorso dei vertici della capogruppo nel reato di false comunicazioni sociali della controllata sulla base di un rilevato

“predominio molto forte sulla periferia”

La responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 nei gruppi societari

- Potrebbe ravvisarsi in capo agli amministratori della capogruppo una **POSIZIONE DI GARANZIA** verso l'attività degli amministratori della controllata?
 - La dottrina maggioritaria nega l'esistenza di questa posizione di garanzia rifiutando presunzioni di responsabilità e facili automatismi
 - Tale responsabilità in capo alla capogruppo va sempre accertata in concreto nel singolo caso in esame, in quanto una siffatta responsabilità potrebbe ravvisarsi solo ed esclusivamente nell'ipotesi di un **coinvolgimento effettivo dei suoi dirigenti nella consumazione del reato** commesso da quelli della società controllata; non potendo strumentalizzarsi l'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla stessa sulle società controllate ai sensi degli artt. 2497 ss. c.c.
 - In tali ipotesi, **la responsabilità della capogruppo concorre dunque con quella della società controllata**

La responsabilità ex D.Lgs. 231/01 della capogruppo : l'orientamento della Corte di Cassazione

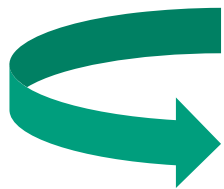
Per la prima volta la Corte di Cassazione con la sentenza nr. 24583 del 20 giugno 2011 ha affermato l'idoneità della capogruppo o di altre società del gruppo a rispondere ai sensi del D.Lgs. n. 231, **per reati commessi nell'ambito di altre società del gruppo**



- Nella specie, in primo grado il GUP aveva rinviato a giudizio alcune società di un gruppo societario attivo nel settore sanitario perché avevano tratto un vantaggio dalle operazioni di corruzione perpetrate dall'amministratore di fatto (che era amministratore di fatto di tutte le società)
- Altre società del gruppo erano invece state prosciolte poiché non avevano ottenuto un vantaggio dalle operazioni di corruzione

La responsabilità ex D.Lgs. 231/01 della capogruppo: l'orientamento della Corte di Cassazione

Il Pubblico Ministero aveva quindi proposto ricorso per Cassazione deducendo che, proprio dalla fase dibattimentale, era emerso il vantaggio e, quindi, l'interesse delle società prosciolte precisando che l'amministratore era l'amministratore di fatto di tutte le società coinvolte



I giudici della Cassazione ritenendo infondati i motivi di ricorso, hanno precisato quali sono i criteri che devono sussistere per affermare la responsabilità della capogruppo o di una società del gruppo

La responsabilità ex D.Lgs. 231/01 della capogruppo: l'orientamento della Corte di Cassazione

Ai fini della sussistenza della responsabilità non è sufficiente un generico riferimento al gruppo ma e' necessario che il soggetto che agisce per conto delle società (amministratore di fatto o di diritto) **concorra** con il soggetto che commette il reato



Nel caso in commento sebbene l'amministratore di fatto fosse stato condannato la Cassazione non ha ritenuto che *“i soggetti in posizione apicale dell'ente avessero agito oltre che nell'interesse proprio anche nell'interesse concorrente dell'Ente”*. Ciò anche in considerazione del fatto che i legali rappresentanti delle società prosciolte erano stati prosciolti e non poteva quindi verificarsi il requisito del concorso con il soggetto che aveva commesso il reato, nella specie l'amministratore di fatto.

La responsabilità ex D.Lgs. 231/01 della capogruppo: l'orientamento della Corte di Cassazione

Ulteriore elemento necessario ai fini della responsabilità è l'aver agito oltre che nell'interesse proprio o di terzi anche nell'interesse concorrente dell'Ente

La Cassazione ha precisato che l'interesse e il vantaggio debbono essere **verificati in concreto**, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto

Un bilancio sui primi 10 anni di applicazione del D. Lgs. 231/2001



ALESSANDRO DE NICOLA

Senior Partner Orrick

Modera *ROBERTO BAGNOLI*, Corriere della Sera

Elementi di idoneità ed efficacia del Modello 231

ANNA LUCIA MUSERRA – AOdV231 e Ordinario di Economia Aziendale
Università degli Studi di Bari

I criteri di imputazione dell'ente

GUSTAVO VISENTINI – Professore Ordinario di Diritto Commerciale
Università LUISS

L'interazione con le norme regolamentari

CLAUDIO COLA – Presidente
Associazione Italiana Compliance

Criteri metodologici per la revisione periodica e profili applicativi

MARCO DELL'ANTONIA – Of Counsel
Orrick

27 Settembre 2011

CONVEGNO
D. Lgs. 231/01 al traguardo dei 10 anni:
un bilancio di successo?

Coffee break

Moderata *ALESSANDRO DE NICOLA*, Senior Partner Orrick

TAVOLA ROTONDA

**Peculiarità e applicabilità del modello 231.
Le esperienze dei player del mercato**

FABIO ACCARDI

Head of Internal Control & Audit Department, Astaldi S.p.A.

FLAVIANO BRUNO

Director, Membro dell'OdV, Consip S.p.A.

GIAN MICHELE MIRABELLI

Direttore Sistemi di Controllo Interno, Edison S.p.A.

RAIMONDO RINALDI

General Counsel, Esso Italiana S.p.A.

MAURIZIO RUBINI

Compliance Officer, Gruppo Lottomatica S.p.A.