



La Responsabilità Penale delle società all'estero

***Focus su US FCPA ed UK
Bribery Act e relazioni
con il D. Lgs. 231/01.***

***Milano – 27 Maggio 2016
Ing. Ciro Alessio STRAZZERI***

GRUPPOSTRAZZERI
KNOWLEDGE SHARING



Questa pubblicazione è distribuita sotto licenza “CREATIVE COMMONS PUBLIC LICENCE” ed è proprietà dell’Autore, Ing. Ciro Alessio STRAZZERI. La pubblicazione e diffusione è consentita gratuitamente, ma citando le generalità dell’Autore originale, per fini non commerciali ed esclusivamente in forma integrale, senza alterazione od omissione di contenuti.

Ing. Ciro Alessio STRAZZERI

Presidente Asso231 - CEO Gruppo Strazzeri
Coordinatore UniQuality Risk

Laureato in Ingegneria dal 1993, Consulente di Direzione APCO-CMC, ha una notevole esperienza, anche livello internazionale, nei settori della sicurezza sul lavoro, della responsabilità sociale ed amministrativa delle organizzazioni, della qualità, dell'ambiente ed, in generale, nel campo dell'Enterprise Risk & Compliance Management.

E' certificato, ai sensi della norma ISO 17024, per l'esercizio delle attività di "Consulente Tecnico per la Sicurezza sul Lavoro", "Formatore per la Sicurezza sul Lavoro", "Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione", "Esperto 231", "Componente dell'Organismo di Vigilanza ex art. 6 del dlgs 231/01", "Auditor 231", "Data Protection Officer & Privacy Consultant".

È autore di importanti pubblicazioni in tema 231: "Manuale 231, anticorruzione e trasparenza per le società controllate e partecipate e gli enti pubblici economici" (Editore Wolters Kluwer – IPSOA, 2016); "Manuale pratico dell'Organismo di Vigilanza" (Editore Wolters Kluwer – IPSOA, 2014); "I Modelli 231 come Sistemi di Gestione della Responsabilità Amministrativa – Integrazione con i sistemi di gestione ISO 9001, ISO 14001, OHSAS 18001, SA 8000, ISO 31000" (Editore Wolters Kluwer – IPSOA, 2012)



IL FENOMENO DELLA CORRUZIONE

La corruzione è un fenomeno diffuso, che solleva serie preoccupazioni morali e politiche, che danneggia un buon governo, che ostacola lo sviluppo economico e che altera la concorrenza. Essa mette a repentaglio la lealtà, erode la giustizia, mina i diritti umani; è un ostacolo alla riduzione della povertà, distrugge la fiducia nelle istituzioni ed interferisce col funzionamento equo ed efficiente dei mercati.

I governi hanno fatto progressi nell'affrontare questo argomento all'interno delle proprie leggi nazionali e internazionali per cui, nella maggior parte delle giurisdizioni, è un reato, per le organizzazioni e gli individui, impegnarsi in atti corruttivi.

Fonte: ISO/CD 37001

DEFINIZIONE DI CORRUZIONE (ISO/CD 37001)

... offrire, promettere, dare, accettare o sollecitare un vantaggio (che potrebbe essere di natura finanziaria o non finanziaria), direttamente o indirettamente, in violazione delle leggi applicabili, come incentivo o ricompensa per una persona che agisce o che si astenga dall'agire in relazione all'esercizio delle funzioni di quella stessa persona...

LA GLOBALIZZAZIONE DEL MERCATO

Il mercato globale impone sfide sempre nuove. Di pari passo con la globalizzazione dei mercati, le società – italiane e straniere – devono adottare i propri modelli sia di business che di compliance tenendo conto non solo della normativa vigente nel proprio paese ma anche di quelle dei paesi con cui più frequentemente hanno relazioni commerciali. In questo contesto, si assiste ad un tentativo da parte degli organismi internazionali e di molti stati di introdurre misure dirette a debellare o comunque ridurre l’impatto che la corruzione ha sul mercato e la libera concorrenza.

L'ADEGUAMENTO DELLE SOCIETÀ ITALIANE

In particolare, a seguito dell'entrata in vigore dell'**UK Bribery Act** e della crescente applicazione dell'**U.S Foreign Corrupt Practices Act («FCPA»)** le società multinazionali tricolori e le subsidiary italiane di società straniere non possono fare a meno che adeguare i propri Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex **D.Lgs. 231/2001** a quanto previsto dalle predette normative e dalle best practice che nel tempo si sono formate.

**US FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT E
US FEDERAL SENTENCING GUIDELINES**

U.S.A. APRIPISTA

La prima formulazione organica, sotto il profilo normativo, si rinviene nella normativa, risalente al 1977, denominata ***Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)***.

Si tratta di un insieme di disposizioni e di regole finalizzate a prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi di pubblici ufficiali stranieri ad opera di aziende statunitensi.

ANTI-BRIBERY PROVISIONS

La normativa sanziona il pagamento (*il pagamento o la promessa di pagamento, di denaro o di oggetti di valore, regali, contributi di beneficenza, donazioni, ospitalità «suntuose», ecc.*), l'offerta o la promessa di pagare, anche in modo indiretto (mediante, ad esempio, il coinvolgimento di «third part» o «other persons»), purché realizzato con un intento corruttivo, a favore di pubblici ufficiali stranieri finalizzato ad ottenere o mantenere un affare.

PUBBLICI UFFICIALI STRANIERI (FPO)

Funzionari di enti pubblici stranieri, inclusi anche i partiti politici, i funzionari di partito, i candidati agli uffici pubblici, oltre che Any officer or employee of:

- Any non-U.S. government;
- Any department, instrumentality, or agency of a non-U.S. government;
- A foreign state-owned or controlled entity;
- Any non-U.S. political party;
- Any public international organization (e.g., UNESCO, WHO);
- Any person acting in any official capacity for such organization;
- Candidates for foreign political office;
- Influential member of royal family.

ACCOUNTING AND RECORD-KEEPING PROVISIONS

Il FCPA contempla, inoltre, una serie di disposizioni «contabili» che impongono alle società in scope di tenere un'accurata contabilità (books and records) nonché di implementare adeguati sistemi di controllo interno che sovrintendano a tutte le operazioni, non solo a quelle che potrebbero violare le disposizioni antibribery.

ACCOUNTING AND RECORD-KEEPING PROVISIONS

In particolare, il sistema contabile adottato, e le relative rilevazioni, devono essere non solo conformi ai principi contabili applicabili ma idonee a descrivere e registrare, in modo trasparente e completo, le transazioni poste in essere dalla Società o da terze parti per conto della Società.

«UNGERE GLI INGRANAGGI»

Una considerazione a parte meritano i cosiddetti «facilitating o grease payments» – nella misura in cui questi siano consentiti dalla legge locale – che devono essere contabilizzati in un conto dedicato e contenere, nella descrizione dell’operazione, tutti gli elementi necessari a ricostruire sia il beneficiario che le finalità.

IL RUOLO DELLE TERZE PARTI

Nel sistema FCPA riveste un ruolo fondamentale il processo di accreditamento delle terze parti.

Si tratta di identificare, non solo il profilo anagrafico e patrimoniale della controparte, ma anche l'aspetto etico, l'eventuale situazione di (anche solo potenziale) conflitto di interesse, nonché «tutte le informazioni utili per la migliore conduzione del rapporto».

I DESTINATARI

(1) società che vendono/comprano titoli negli Stati Uniti (issuers) e loro funzionari, direttori, dipendenti, agenti, e gli azionisti;

(2) persone/società statunitensi/residenti negli Stati Uniti (domestic concern) e loro funzionari, direttori, dipendenti, agenti, e gli azionisti;

(3) persone e società, diversi da quelli indicati ai punti precedenti ma che compiono atti nel territorio degli Stati Uniti.

CONCETTO DI «COMPIMENTO DI ATTI» NEGLI STATI UNITI

Un cittadino/società straniero/a, infatti, può essere perseguito ai sensi del FCPA se, direttamente o tramite un agente, paga/contribuisce a pagare un pubblico ufficiale straniero e anche una parte della condotta o della facilitazione avviene nel territorio degli Stati Uniti, ad esempio, (i) mediante l'utilizzo della posta; (ii) mediante l'invio di una semplice e-mail o un messaggio di testo o un fax; (iii) ove sia disposto un bonifico bancario utilizzando il sistema bancario americano, ecc. (CIT. Dipartimento di Giustizia «DOJ» e Securities and Exchange Commission «SEC»).

ESEMPI DI APPLICAZIONE ESTENSIVA

Es. un cittadino straniero partecipa ad una riunione tenuta negli Stati Uniti (anche via Internet) nel corso della quale venga pianificata una futura corruzione internazionale. Addirittura, secondo il documento in esame, il FCPA è applicabile nei confronti di coloro i quali, pur non partecipandovi, hanno agito in esecuzione delle determinazioni nella predetta riunione, compiendo materialmente la corruzione al di fuori degli Stati Uniti.

ESEMPI DI APPLICAZIONE ESTENSIVA

«FCPA a resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act, November 2012»

Il DOJ e la SEC ritengono applicabile il FCPA ad una società straniera ove – indipendentemente dal fatto che questa compia un'azione o un'omissione negli Stati Uniti – favorisca, supporti o concorra con un *issuer* o un *domestic concern* nella realizzazione di un fatto di corruzione internazionale.

CONTROLLANTI E CONTROLLATE

Altro tema molto importante strettamente collegato all'estensione applicativa del FCPA – specie per le conseguenze che ne derivano per le subsidiaries italiane – è quello che concerne l'applicazione del FPCA alle parent companies per le corruzioni commesse dalle controllate straniere. La pratica, infatti, ha conosciuto un numero sempre crescente di procedimenti in cui la casa madre americana è stata sottoposta ad investigazione non per un fatto diretto ma per un fatto commesso, in un altro paese, da società controllata estera, la quale ultima ai sensi delle disposizioni del FCPA, non rientra tra i soggetti destinatari per mancanza dei requisiti soggettivi.

CONTROLLANTI E CONTROLLATE

La responsabilità della parent company per il fatto della controllata straniera può verificarsi in due casi:

- a) se la controllante ha partecipato nell'attività illecita ad es. dirigendo, fornendo istruzioni nel contesto del fatto illecito o partecipando e dunque fornendo un apporto causale al bribe scheme;
- b) se la condotta della società estera controllata possa inquadrarsi nel concetto di rapporto di agenzia (inteso secondo il diritto americano, non secondo la legislazione locale, ad es. italiana).

CONTROLLANTI E CONTROLLATE

Le Guidelines precisano che per arrivare ad una conclusione sul grado dei poteri di direzione e controllo della parent company dovrà essere condotta un'attenta analisi atteso che nonostante le relazioni sotto il profilo formale è importante analizzare sotto il profilo della realtà pratica in che modo la controllante e la controllata interagiscono (vedi sempre più diffusa «Organizzazione Matriciale» in cui i manager locali riferiscono direttamente o devono essere autorizzati dai vertici della parent company).

FEDERAL SENTENCING GUIDALINES (1991)

Il «Chapter Eight – Organizational Guidelines» di tale normativa è dedicato a tratteggiare i profili organizzativi delle aziende nonché i criteri di implementazione del sistema di controllo interno oltre ad offrire indicazioni sulla metodologia sottostante la determinazione della sanzione, la cd. «culpability score».

CARATTERISTICHE ESEMINE DEI COMPLIANCE PROGRAMS

C'è differenza rispetto la normativa italiana: l'adozione di un efficace programma di prevenzione dei reati (o compliance program) consente all'Ente di ambire ad un'attenuante della pena e non all'esimente da responsabilità.

Inoltre, nell'ipotesi in cui il reato fosse commesso da un cd. «soggetto apicale», l'ente statunitense non potrà beneficiare di alcuna attenuante; in Italia, nella medesima ipotesi, è ancora percorribile l'esimente seppur con l'inversione dell'onere della prova.

COMPLIANCE PROGRAMS: CONTENUTI MINIMI STABILITI DALLE GUIDELINES

1. svolgimento di un risk assessment;
2. disciplina della due diligence e dei pagamenti sulle/alle terze parti;
3. commitment del Senior Management e predisposizione di una chiara, articolata politica anti-corruzione;
4. predisposizione di un Codice di Condotta e di procedure/policies specificatamente dirette a regolare gli aspetti di compliance;

COMPLIANCE PROGRAMS: CONTENUTI MINIMI STABILITI DALLE GUIDELINES

5. individuazione di soggetti autonomi e indipendenti per lo svolgimento degli audits, nonché assegnazione di adeguate risorse per lo svolgimento delle attività di compliance;
6. periodica attività di test e di review;
7. incentivi al rispetto dei compliance programs e misure sanzionatorie nel caso di violazione;
8. formazione e consulenza continui;
9. possibilità di effettuare segnalazioni e svolgimento di indagini interne;
10. M&A: svolgimento di due diligence e post-acquisition analysis.

COMPLIANCE PROGRAMS: SEVEN PILLARS DELLE FEDERAL SENTENCING GUIDELINS

1. Standards and procedures to prevent and detect criminal conduct
2. Leaders understand/oversee the compliance program to verify effectiveness and adequacy of support; specific individuals vested with implementation authority/responsibility
3. Deny leadership positions to people who have engaged in misconduct
4. Communicate standards and procedures of compliance program, and conduct effective training
5. Monitor and audit; maintain reporting mechanism
6. Provide incentives; discipline misconduct
7. Respond quickly to allegations and modify program

SANZIONI

Per ogni atto corruttivo le società possono essere soggette a sanzioni pecuniarie fino a \$2.000.000.

Officers, amministratori, azionisti, dipendenti e agenti possono essere sottoposti a sanzioni pecuniarie fino a \$250.000 e arresto fino a 5 anni.

UK BRIBERY ACT

UK APRIPISTA DELLA CORRUZIONE TRA PRIVATI

Dal luglio 2011 è entrato in vigore nel Regno Unito il “Bribery Act 2010” (BA), con il quale è stata disciplinata sia la corruzione nell’ambito della Pubblica Amministrazione, sia la corruzione tra privati

FATTISPECIE DI REATO

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

RESPONSABILITA' DEGLI ENTI

Viene introdotto nell'ordinamento britannico la responsabilità penale dell'impresa per i reati di corruzione commessi da soggetti che operano in nome e per conto della medesima (*associated persons*). I dibattiti sul tema chiariscono che all'interno della categoria "associated person" vi rientrerebbero sia le joint ventures che le società controllate e i relativi singoli azionisti, indipendentemente dall'ampiezza della partecipazione societaria.

RESPONSABILITA' DEGLI ENTI

La Section 8 del Bribery Act prevede, inoltre, che nel caso in cui tra l'impresa e il soggetto che agisce per proprio conto intercorra un rapporto di lavoro subordinato, si presume, fino a prova contraria, che tale soggetto svolga attività di servizi per l'impresa.

DESTINATARI

Il Bribery Act si applica, oltre che alle organizzazioni britanniche operanti nel Regno Unito, anche alle organizzazioni britanniche (costituite in UK) operanti fuori dal Regno Unito e alle organizzazioni non britanniche (non costituite in UK) che svolgono attività o una parte dell'attività nel Regno Unito, indipendentemente dal luogo in cui la società è stata costituita e dal luogo in cui è commesso il fatto corruttivo.

DESTINATARI

Un procedimento di indagine, avviato ad opera delle agenzie investigative britanniche, potrà sfociare in un'informazione di garanzia ex art. 57 D.Lgs. 231/2001, in virtù del quale la società si troverà a dover fornire la prova di aver predisposto misure adeguate rispetto a due distinti sistemi di compliance, ovvero il “Decreto 231” ed il “Bribery Act”, con conseguente integrazione del Modello Organizzativo eventualmente adottato ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

MODELLI ESIMENTI

La società non sarà ritenuta responsabile per le azioni delle “associated persons” se riuscirà a dimostrare di aver adottato procedure adeguate (“adequate procedures”) alla prevenzione della corruzione.

MODELLI ESIMENTI

Con l'adozione di idonee misure, l'ente può infatti difendersi dimostrando che, nonostante la corruzione sia avvenuta, esistevano adeguate procedure volte ad impedire tali atti di corruzione. Per individuare siffatti protocolli, il Ministero della Giustizia britannico ha pubblicato, nel marzo 2011, la *“Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)”*.

GUIDANCE – PRINCIPI DI RIFERIMENTO

I principi enunciati nella Guidance britannica non hanno una natura prescrittiva, spettando alle Società lo sviluppo di procedures adeguate tenendo in considerazione i settori nei quali operano e le altre circostanze concrete. Piuttosto, hanno natura flessibile ed indicativa, al fine di aiutare le imprese a sviluppare le loro singole procedures per la prevenzione della corruzione, e la conseguente applicazione della defence.

PRINCIPIO N. 1

(PROPORTIONATE PROCEDURE)

Le procedure devono essere “one size fits all”, ovvero proporzionate al rischio di corruzione che l’organizzazione deve “affrontare” e la natura, dimensioni e complessità delle attività svolte. Questo principio riguarda sia le policy che aiutano a creare la cultura anti-corruzione sia le procedure che dovrebbero includere attività iniziali/continue di risk-assessment e i controlli disegnati per prevenire una condotta non etica.

PRINCIPIO N. 2

(TOP-LEVEL COMMITMENT)

Occorre stabilire la cultura della lotta alla corruzione all'interno dell'organizzazione indipendentemente dalle relative dimensioni purchè i messaggi siano chiari, privi di ambiguità e regolarmente ripetuti a tutto lo staff e ai partner commerciali. La cultura anti-corruzione viene promossa attraverso il commitment delle figure apicali e senior della Società. Si rende pertanto necessaria una delega espressa e, pertanto, la puntuale individuazione del soggetto deputato alla promozione dei fini aziendali di compliance e di etica. Tale attribuzione deve indirizzarsi verso personale di “alto livello” (es. membro del board, la proprietà stessa, ecc.).

PRINCIPIO N. 3

(RISK ASSESSMENT)

Occorre conoscere e monitorare il rischio di commissione di fatti corruttivi nel settore e nel mercato di appartenenza. La Società dovrebbe testare la natura e l'entità della propria esposizione a rischi di corruzione interni ed esterni, in maniera informata e documentata. I rischi incontrati più spesso e riportati nella Guida includono il rischio paese, il rischio di settore, il rischio legato alle transazioni, il rischio di nuove opportunità di business ed il rischio legato ai partner commerciali. Devono essere affrontati anche rischi interni, quali ad esempio difetti di programmazione, mancanze del sistema di controllo interno e/o delle iniziative di training.

PRINCIPIO N. 4

(DUE DILIGENCE)

Occorre conoscere i propri partner commerciali e concludere accordi reciproci per la lotta alla corruzione, conducendo le relazioni commerciali in maniera trasparente ed etica. In particolare l'approccio alla due diligence su quei soggetti che servono la Società, dovrebbe essere proporzionato e basato sul rischio. Le attività di due diligence dovrebbero essere riflesse nelle procedure dell'organizzazione e dovrebbero prevedere diversi livelli di controllo/autorizzativi in base al profilo di rischio del potenziale fornitore del servizio, natura e luogo della transazione ed altri fattori di rischio.

PRINCIPIO N. 5

(COMMUNICATION - INCLUDING TRAINING)

Occorre andare oltre la stretta compliance normativa e documentale, integrando azioni per la lotta alla corruzione nel sistema dei controlli interni, politiche di selezione del personale e di remunerazione, iniziative di comunicazione/formazione continuativa esterna e/o interna per fornire le competenze e le capacità necessarie a mettere in atto le procedure e a confrontarsi con problemi e/o difficoltà che potrebbero sorgere. Lo schema di comunicazione dovrebbe prevedere un meccanismo di feedback e/o self reporting in grado di tutelare i soggetti segnalati.

PRINCIPIO N. 6

(MONITORING AND REVIEW)

Occorre applicare controlli attraverso audits e verifiche, eventualmente anche esterne, con procedure trasparenti valutando la regolarità con cui procedere alla revisione delle procedure e policies interne. La Società dovrebbe monitorare e rivedere le procedure e mettere in atto delle attività di miglioramento se necessario. Come i rischi e le tipologie di business cambiano, le procedure dovrebbero riflettere questi cambiamenti

SANZIONI

- Per individui pene fino a 10 anni di carcere e multe illimitate
- Per imprese multe illimitate

ALCUNI CONFRONTI CON LA LEGISLAZIONE ITALIANA

IL MODELLO 231 E' SUFFICIENTE?

Anche se il D.Lgs. 231/01 è a più ampio respiro dell'UK Bribery Act e del FCPA, visto che non si occupa solamente di corruzione o registrazioni contabili (es. reati societari), in considerazione delle diversità, comunque esistenti, tra la normativa italiana e quella inglese in materia, non è automatica né scontata la capacità esimente ai fini del Bribery Act del Modello 231; sarebbe quindi opportuno procedere all'integrazione del Modello Organizzativo eventualmente già adottato ai sensi del D.Lgs. 231/2001 al fine di renderlo per quanto possibile adeguato anche alle previsioni di cui al Bribery Act, al FCPA ed alle rispettive Guidances.

MODELLO 231: REQUISITI

Ad eccezione di quanto riportato nell'art. 30 del D.Lgs. 81/08 per quanto riguarda le caratteristiche di un Modello esimente per i reati di cui alla materia di Sicurezza sul Lavoro, la legislazione italiana non è stata molto doviziosa nel definire le caratteristiche di un Modello, al pari di quanto fatto dalle Guidelines statunitensi e britanniche per i Compliance Programs e le Adequate Procedures.

MODELLO 231: LE LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA

Le Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei Modelli 231, sebbene emanate da un'organizzazione privata, ancorchè autorevole, forniscono alle imprese indicazioni di tipo metodologico/operativo su come predisporre un sistema idoneo a prevenire la commissione dei reati indicati dal D.Lgs. 231/01.

GUIDALINES vs LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA

Principio n. 1 - Proportionate Procedure

Nella sezione relativa all'Individuazione dei rischi e protocolli, viene definito il concetto di "rischio accettabile" al fine di fornire alle imprese un parametro rispetto al quale individuare le soglie quali/quantitative delle misure di prevenzione da introdurre per evitare la commissione dei reati contemplati dal d.lgs. 231/2001. Queste devono essere tali che le il Modello possa essere eluso solo «fraudolentemente». E' stata inoltre dedicata una specifica parte per fornire delle indicazioni alle piccole imprese su come implementare le indicazioni contenute all'interno delle Linee Guida.

GUIDALINES vs LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA

Principio n. 2 - Top-level commitment

Si fa riferimento, come nelle Guideline inglesi, all'importanza del Code of Conduct (Codice Etico).

In virtù del differente dettame normativo il documento di Confindustria dedica un'intera terza parte, "L'organismo di Vigilanza", per fornire alle imprese delle indicazioni su come individuare tale figura (anche nei Gruppi di imprese) e su come definire gli obblighi di comunicazione da parte del Management (es. whistleblowing, ecc.).

GUIDALINES vs LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA

Principio n. 3 – Risk Assessment

Nella parte relativa all'Individuazione dei rischi e protocolli, sono indicate le caratteristiche essenziali per la costruzione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo. In particolare, si fa riferimento alle lettere a) e b) del D.Lgs. 231/01, che sebbene con l'utilizzo di una terminologia ed esposizione estranea alla pratica aziendale, richiamano un tipico sistema di gestione dei rischi (risk management).

GUIDALINES vs LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA

Principio n. 4 – Due Diligence

Nella parte relativa all'Individuazione dei rischi e protocolli, c'è un rimando generale ad effettuare, nell'ambito dell'inventariazione delle attività aziendali, degli esercizi di due diligence tutte le volte in cui, in sede di valutazione del rischio, siano stati rilevati “indicatori di sospetto” (ad esempio conduzione di trattative in territori con alto tasso di corruzione, procedure particolarmente complesse, presenza di nuovo personale sconosciuto all'ente) afferenti ad una particolare operazione commerciale.

GUIDALINES vs LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA

Principio n. 5 – Communication (including training)

Nella parte relativa all'Individuazione dei rischi e protocolli, sono fornite solo alcune indicazioni minimali su come svolgere la comunicazione al personale e la sua formazione in ambito 231.

GUIDALINES vs LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA

Principio n. 6 – Monitoring and review

Le uniche indicazioni in materia di monitoraggio e revisione periodica del Modello 231 sono inserite all'interno del paragrafo in cui si parla dei requisiti di professionalità e di continuità d'azione dell'Organismo di Vigilanza.

ORGANISMO DI VIGILANZA

Il Bribery Act ed il FCPA non prevedono l'istituzione di alcun organo di controllo interno all'impresa, al pari dell'Organismo di Vigilanza previsto dal D.Lgs. 231/2001, ai fini dell'esimente prevista nel Bribery Act e della prova delle "adequate procedures", o delle attenuanti per il FCPA. Ai fini della defence, potrà essere conveniente quindi mettere in luce l'attività di supervisione dell'Organismo di Vigilanza rispetto all'effettività delle procedure, in particolare, per la prevenzione della corruzione, verifica della relativa adeguatezza, analisi del mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità delle procedure e cura del relativo aggiornamento e miglioramento del Modello.

SELF REPORTING

Nel sistema anglosassone le società possono validamente beneficiare delle ricadute positive dell'auto-denuncia alle autorità dei casi di corruzione. A tal fine, il Serious Fraud Office (SFO) ha pubblicato un interessante documento contenente le Linee Guida per un'efficace e corretta gestione del self reporting. Tra i possibili vantaggi, c'è la possibilità di evitare il processo penale e le relative conseguenze in caso di condanna e beneficiare di un'azione civile con il pagamento delle sanzioni pecuniarie in via transattiva. Di conseguenza, anche se bisognerà procedere con molta cautela, anche le organizzazioni italiane potranno valutare l'opportunità di procedere al self reporting alle autorità britanniche al fine di mitigare le conseguenze dell'applicazione del Bribery Act.

**ADEGUAMENTI/INTEGRAZIONE DEI MODELLI 231
IN OTTICA CROSS/BORDER**

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

I Modelli 231 devono tenere in considerazione i 10 requisiti delle Guidelines statunitensi, per poter essere utilizzati anche a scopo di attenuante/esimente (per UK).

A tal scopo, sarà utile poter produrre una serie di evidenze.

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Risk Assessment

“Assessment of risk is fundamental to developing a strong compliance program, and is another factor DOJ and SEC evaluate when assessing a company’s compliance program. DOJ and SEC will give meaningful credit to a company that implements in good faith a comprehensive, risk-based compliance program, even if that program does not prevent an infraction in a low risk area because greater attention and resources had been devoted to a higher risk area”

Evidenze: costituzione di un gruppo di lavoro, composto da professionisti esterni ed interni, dedicato allo svolgimento delle attività di risk assessment; definizione di un documento che individui e definisca la metodologia da eseguire nello svolgimento del risk assessment sulla base dei key risks identificati da DOJ/SEC; coinvolgimento dell’unità Anticorruzione/Organismo di Vigilanza/funzione Compliance; aggiornamento del vertice aziendale sugli stati di avanzamento.

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Third-Party Due Diligence and Payments

“DOJ’s and SEC’s FCPA enforcement actions demonstrate that third parties, including agents, consultants, and distributors, are commonly used to conceal the payment of bribes to foreign officials in international business transactions. Risk-based due diligence is particularly important with third parties and will also be considered by DOJ and SEC in assessing the effectiveness of a company’s compliance program”

Evidenze: procedura dedicata specificatamente alla gestione del rapporto con le terze parti; creazione di questionari da sottoporre alle terze parti; implementazione di una due diligence methodology in cui sono dettagliate le modalità di valutazione del rischio (es., recente costituzione, grado di reputazione, contiguità con potere politico o pubblica amministrazione, ecc.); previsione di due diligence rafforzate in situazioni specifiche; sessioni di training alle terze parti; previsioni di clausole contrattuali specifiche con riguardo al tema dei pagamenti, al rispetto dei compliance programs, alla formazione e alla interazione con i pubblici ufficiali.

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Commitment from Senior Management and a Clearly Articulated Policy Against Corruption

“DOJ and SEC thus evaluate whether senior management has clearly articulated company standards, communicated them in unambiguous terms, adhered to them scrupulously, and disseminated them throughout the organization”

Evidenze: approvazione di una procedura anticorruzione accompagnata dal messaggio del Presidente/CEO; previsione di periodici messaggi di indirizzo all'azienda da parte delle figure apicali; reporting periodico da parte degli organi controllo al vertice aziendale a dimostrazione della loro continua supervisione.

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Code of Conduct and Compliance Policies and Procedures

“A company’s code of conduct is often the foundation upon which an effective compliance program is built. Whether a company has policies and procedures that outline responsibilities for compliance within the company, detail proper internal controls, auditing practices, and documentation policies, and set forth disciplinary procedures will also be considered by DOJ and SEC”

Evidenze: approvazione del Codice di Condotta da redigere in tutte le lingue dei paesi dove la società opera, con i contenuti minimi sopra indicati; introduzione dei key principles previsti dalle Guidelines; previsione di una review periodica del Codice di Condotta; implementazione di un processo di approvazione centralizzato, mediante piattaforme informatiche, delle spese relative alle interazioni con i pubblici ufficiali stranieri con l’introduzione di livelli di approvazione diversa a seconda del tipo di spesa..

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Oversight, Autonomy, and Resources

“In appraising a compliance program, DOJ and SEC also consider whether a company has assigned responsibility for the oversight and implementation of a company’s compliance program to one or more specific senior executives within an organization. Those individuals must have appropriate authority within the organization, adequate autonomy from management, and sufficient resources to ensure that the company’s compliance program is implemented effectively”

Evidenze: costituzione nelle realtà più complesse di un’unità Anticorruzione dedicata alla prevenzione della corruzione (distinta dall’Organsimo di Vigilanza); creazione di flussi con gli altri organi di controllo e con il top management; regolamentazione predefinita delle attività (compiti, poteri, modalità del riporto al vertice aziendale, piano della vigilanza, ecc.); attribuzione annuale di un budget di spesa per lo svolgimento delle attività di monitoraggio sul rispetto delle regole aziendali in tema di corruzione; individuazione delle risorse di staff anche a livello locale.

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Periodic Testing and Review

“DOJ and SEC evaluate whether companies regularly review and improve their compliance programs and not allow them to become stale. An organization should take the time to review and test its controls, and it should think critically about its potential weaknesses and risk areas”

Evidenze: piano di implementazione di audit e review del compliance program con particolare riferimento alle aree (o paesi, settori, ecc.) maggiormente a rischio; predisposizione di surveys per verificare il grado di conoscenza dei controlli e delle aree di rischio da parte dei dipendenti; follow up per verificare l'implementazione delle misure suggerite a seguito degli audits e del processo di review..

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Incentives and Disciplinary Measures

“DOJ and SEC will thus consider whether, when enforcing a compliance program, a company has appropriate and clear disciplinary procedures, whether those procedures are applied reliably and promptly, and whether they are commensurate with the violation. DOJ and SEC recognize that positive incentives can also drive compliant behaviour”

Evidenze: introduzione di un sistema disciplinare ad hoc rispetto al rispetto del compliance program preventivo della corruzione; piano di coordinamento tra funzione compliance, risorse umane e legale al fine di analizzare la diversità delle disposizioni in tema di diritto del lavoro nei vari paesi; introduzione di misure disciplinari che prevedono l'aumento (o riduzione) della parte variabile della retribuzione o del corrispettivo (nel caso dei terzi) sulla base di una valutazione del rispetto delle procedure anticorruzione e del codice di condotta; riconoscimento del ruolo della funzione compliance.

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Training and Continuing Advice

“DOJ and SEC will evaluate whether a company has taken steps to ensure that relevant policies and procedures have been communicated throughout the organization, including through periodic training and certification for all directors, officers, relevant employees, and, where appropriate, agents and business partners”

Evidenze: predisposizione di Piani di Formazione; differenziazione della formazione a seconda dei soggetti destinatari (tipologia di soggetto, nazionalità, ecc.) e creazione del materiale formativo nella lingua dei fruitori; utilizzo di piattaforme informatiche (web-seminars) e corsi in aula; predisposizione di test diretti a verificare il livello di formazione; individuazione di un organismo aziendale deputato a fornire chiarimenti o consulenza su aspetti teorici e pratici del compliance program.

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Confidential Reporting and Internal Investigation

“An effective compliance program should include a mechanism for an organization’s employees and others to report suspected or actual misconduct or violations of the company’s policies on a confidential basis and without fear of retaliation”

Evidenze: creazione di canali informativi anonimi (e comunque confidenziali) verso la funzione compliance/Organismo di Vigilanza/vertice aziendale; attribuzione di poteri ad un organismo/funzione aziendale per svolgere investigazioni finalizzate a verificare la veridicità della segnalazione; piano di coordinamento tra funzione compliance, risorse umane e legale al fine di analizzare la diversità delle disposizioni in tema di diritto del lavoro nei vari paesi; previsione di modifiche al compliance program nel caso di riscontrate violazioni/carenze; predisposizione di procedura che regola le modalità di svolgimento dell’investigazione.

MODELLO 231 featured FCPA GUIDELINES

Mergers and Acquisitions

“In the context of the FCPA, mergers and acquisitions present both risks and opportunities. A company that does not perform adequate FCPA due diligence prior to a merger or acquisition may face both legal and business risks. DOJ and SEC evaluate whether the acquiring company promptly incorporated the acquired company into all of its internal controls, including its compliance program”

Evidenze: pianificazione di due diligence pre/post-acquisizione; formazione dei nuovi dipendenti; estensione dei controlli anche alle terze parti «acquistate» a seguito della incorporazione e alle eventuali nuove business units.

**MODELLI 231 CROSS-BORDER
REALIZZATI USANDO GLI STANDARD RELATIVI AI
SISTEMI DI GESTIONE DEL RISCHIO CORRUZIONE
E DELLA COMPLIANCE**

ISO 19600

Le organizzazioni che mirano ad avere successo nel lungo termine hanno bisogno di mantenere una cultura di integrità e conformità, e di considerare le esigenze e le aspettative degli stakeholder. L'integrità e la conformità sono quindi non solo la base, ma anche un'opportunità, per il successo durevole di un'organizzazione. (Fonte: ISO)

Lo standard ISO 19600:2014 fornisce indicazioni per definire, sviluppare, attuare, valutare, mantenere e migliorare un sistema di gestione della conformità efficace e proattivo all'interno di un'organizzazione. Le linee guida sui sistemi di gestione di conformità sono applicabili a tutti i tipi di organizzazione. L'estensione nell'applicazione delle linee guida dipende da dimensione, struttura, natura e complessità dell'organizzazione. La ISO 19600: 2014 si basa sui principi di buon governo, proporzionalità, trasparenza e sostenibilità.

Queste linee guida si inseriscono come utile orientamento per le organizzazioni che stanno evolvendo nel contesto attuale verso una consapevole gestione del business, integrandosi e alimentandosi reciprocamente con gli strumenti di gestione della continuità del business (ISO 22301), della gestione dei rischi (ISO 31000) ed in coerenza con la revisione 2015 delle norme ISO 9001 ed ISO 14001.

BS 10500

Lo standard BS 10500 (Specification for an anti-bribery management system- “ABMS”) pubblicato nel 2011, è la prima norma ad interessarsi nello specifico alla corruzione.

Oltre ai riferimenti internazionali ai provvedimenti in materia da parte delle Nazioni Unite e dell’OECD (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) lo standard è strettamente connesso al UK Bribery Act del 2010, la legge britannica sull’anti-corruzione.

La legge si sviluppa su sei principi guida:

- Procedure adeguate per la prevenzione della corruzione
- Impegno del Top Management nel diffondere una corretta cultura aziendale
- Risk assessment
- Due Diligence
- Formazione e informazione
- Monitoraggio e miglioramento

BS 10500

Sulla base di questi principi, il focus della norma è la necessità di avere delle procedure documentate per dimostrare in maniera effettiva le azioni di prevenzione. Le procedure devono essere commisurate al rischio aziendale e dipendono quindi dalla complessità, dalla natura e dalla portata delle attività aziendali; inoltre devono tener conto delle leggi specifiche del Paese di appartenenza.

La norma presta particolare attenzione alla qualifica del personale ai partner commerciali, alla catena di fornitura, ai concetti di facilitazioni di pagamento, omaggi e regali e prevede tre azioni ben distinte per implementare il sistema di gestione: prevenire, individuare e rendicontare. Definisce infine la figura del Compliance manager.

Per gli aspetti più complessi è possibile consultare la guida applicativa (Annex A) inclusa nella norma.

La BS 10500 è stata usata come documento di base per lo sviluppo di un nuovo standard ISO sui sistemi di gestione per l'anti-corrruzione, la ISO 37001, attualmente in versione DIS e la cui emissione ufficiale è attesa tra la fine del 2016 e l'inizio del 2017.

ISO/DIS 37001

L'ISO sta sviluppando uno specifico standard in materia di prevenzione della corruzione, la ISO 37001 che diventerà uno strumento operativo da aggiungere a quanto già predisposto dai singoli paesi in ottica regolamentare, come ad esempio lo UK Bribery Act, lo US FCPA o, in Italia, la Legge 190/12.

Basata sulla norma British Standard BS 10500, prima norma ad interessarsi a questo argomento già nel 2011, la specifica ISO è stata pensata per aiutare le organizzazioni pubbliche, private o non governative di qualsiasi dimensione a prevenire il compimento di atti corruttivi da parte dei propri dipendenti e collaboratori o da qualunque soggetto agisca in suo nome e per favorire il diffondersi di una cultura aziendale basata sull'etica e sulle buone pratiche commerciali.

La ISO 37001 specificherà le misure e i controlli anti corruzione adottabili da un organizzazione per monitorare le proprie attività aziendali al fine di prevenire la corruzione. Rientrano tra questi la predisposizione di una politica anticorruzione, l'individuazione di un incaricato (oltre all'impegno del top management), la formazione a tutti gli interessati, la valutazione dei rischi specifici, la definizione di relative procedure, come ad esempio la regolamentazione di omaggi e regali, il monitoraggio dei fornitori e dei partner commerciali. Essendo strutturata secondo la high level structure, la norma può essere integrata facilmente con gli altri sistemi di gestione, come la ISO 9001, e i suoi obiettivi possono essere inclusi nel piano di miglioramento continuo. La pubblicazione dello standard è attesa tra la fine del 2016 e l'inizio del 2017.



Grazie dell'attenzione...

***Per approfondimenti:
Ing. **Ciro Alessio STRAZZERI*****

info@gruppostrazzeri.it

www.gruppostrazzeri.it

Mobile: 338-8395177

GRUPPOSTRAZZERI
KNOWLEDGE SHARING