La corruzione tra privati ex art. 2635 c.c.

Gli effetti sul modello di organizzazione, gestione controllo ex D. Lgs. 231/2001

Relatori:

MARIO IPPOLITO
Avvocato e Dottore Commercialista in Milano presso **Carnelutti Studio legale Associato**

GIUSEPPE VACIAGO
Avvocato in Milano, **Studio HTLaw**

LA NUOVA LEGGE SULLA CORRUZIONE - Antecedenti

1977 - **Foreign Corrupt Practices Act** (FCPA)

1997 - **Convenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE)** sulla lotta alla corruzione dei Pubblici Ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali

2003 - **Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la Corruzione**

Bribery Act 2010

2010 – **UK Bribery act** (sostituisce The Prevention of Corruption Act del 1916)

LA NUOVA LEGGE SULLA CORRUZIONE – Il caso Grubman (2003)

Jack Grubman, analista finanziario presso la Citygroup di New York, aveva scalato tutti i gradini del successo. Figlio di una modesta famiglia di Philadelphia aveva raggiunto un importante posizione di potere. Il suo unico cruccio era non riuscire ad inserire le sue gemelle alla 92nd Street Y pre-school.

Ma Jack era abitutato a vincere e dopo una notte di riflessione arriva l'idea geniale. "Cosa sarà per Citygroup una donazione di 1 Milione di Dollari ad una importante scuola di New York?", chiede al suo capo Stanford Weill.

"Detto fatto" risponde Weill. "È solo sufficiente che cambi il rating di AT&T da on Hold a to Buy" un mese prima dell'offerta pubblica di acquisto delle azioni della società"

Il rating venne prontamente cambiato. La donazione prontamente fatta. Dopo due anni scoppia la scandalo a causa di un'email di Grubman ad un amico. Grubman è stato condannato ad una multa di 15 milioni di dollari e l'interdizione a vita nella sua attività professionale. Le sue figlie hanno regolarmente frequentato la 92nd Street Y pre-school.

LA NUOVA LEGGE SULLA CORRUZIONE – Il caso OTE (2011)

OTE (Helleing Telecommunication Organization) è il più importante provider di servizi di telecomunicazione di tutta la Grecia. Converse Technology INC un importante multinazionale specializzata nel settore IT che forniva consulenza ad OTE.

Alcuni dipendenti della Comverse Technology tra il 2003 e il 2006 hanno effettuato dei pagamenti a dei dipendenti di OTE, tramite la filiale di Tel Aviv della Comverse Technology per ottenere degli ordini di acquisto. I pagamenti ammontavano complessivamente a $ 536.000.

L'attività corruttiva è stato scoperta grazie ad una segnalazione anonima (whistleblowing) e ad una efficace internal investigation che ha fatto luce sull'attività illecita dei dipendenti.

Il comportamento della Comverse ha permesso di evitare che il procedimento penale iniziasse e la Società ha trovato un accordo con la SEC (Security and Exchange Commission) per 1.2 Milioni di dollari.

LE MODIFICHE DELLA L. 190/12 RILEVANTI AI SENSI DEL D.LGS. 231/01

La nuova legge sulla corruzione, tra le sue numerose modifiche ha introdotto le seguenti fattispecie, rilevanti ai fini del D.lgs. 231/01

Induzione indebita	• Viene inserito il nuovo reato previsto dall'**art. 319-*quater* c.p.**, relativo al delitto di "**Induzione indebita a dare o promettere utilità**" (cd. concussione per induzione), che punisce sia il pubblico ufficiale che induce il privato a pagare (reclusione da 3 a 8 anni), sia il privato che dà o promette denaro o altra utilità (reclusione fino a 3 anni)
Corruzione tra Privati	• È riformulato l'art. **2635 del codice civile** (Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità), ora denominata "**Corruzione tra privati**". Viene introdotta quindi l'ipotesi corruttiva anche se rivolta ad un privato. La fattispecie è procedibile a querela, a meno che dall'illecito derivi una distorsione della concorrenza

CORRUZIONE TRA PRIVATI – LA STRUTTURA DEL REATO

SOGGETTI

Soggetti attivi e passivi:

- Amministratori
- Direttori generali
- Dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari
- Sindaci e i liquidatori
- **Sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno di tali soggetti**

Caratteristiche

Reato comune: rileva la qualifica detenuta dal soggetto attivo delle condotte di corruzione passiva solo ai fini della quantificazione della pena

CONDOTTA

Passiva

Colui il quale riceve:

(i) Denaro o altra utilità (o promessa di)

(ii) in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o degli obblighi di fedeltà

(iii) per un atto in danno della Società

Attiva

Colui il quale dà o promette denaro o altra utilità a uno dei soggetti sopra menzionati

CORRUZIONE TRA PRIVATI – LA STRUTTURA DEL REATO

STRUTTURA DEL REATO

Bene giuridico Tutelato

Patrimonio della società cui sono riconducibili i soggetti corrotti

Elemento Soggettivo

Dolo generico, anche nella forma del dolo eventuale

Persona offesa

La società corrotta

Danneggiato dal reato

La società concorrente?

SANZIONI

Persona Fisica:

- Soggetti apicali da **1 a 3 anni**
- Sottoposti alla vigilanza fino a **1 e 6 mesi**

Persona Giuridica:

Sanzione pecuniarie: da 200 a 400 quote, aumentata di un terzo se l'Ente ha conseguito un profitto di rilevante entità

CORRUZIONE TRA PRIVATI – LA STRUTTURA DEL REATO

- Il comma 3 dell'art. 2635 c.c. **estende la punibilità anche al corruttore**, ovvero a colui che dà o promette denaro o altra utilità a uno dei soggetti sopra menzionati
- Ai fini del regime di responsabilità amministrativa, l'art. 25-ter, comma 1, lett. s-bis) del D. Lgs. 231/2001, richiama il comma 3 dell'art. 2635 c.c.; pertanto la responsabilità ex D.lgs. 231/2001 **si applica esclusivamente alla "società corruttrice"**.
- Al quarto comma **e•confermata la previsione della circostanza aggravante** per il caso in cui l'episodio corruttivo coinvolga **società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani** o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante.
- Infine il quinto comma, cosi•come modificato dalla l. 190/2012, stabilisce che «**si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi**».

CORRUZIONE TRA PRIVATI – LA STRUTTURA DEL REATO

- L'art. 2635 c.c. **incrimina esclusivamente le condotte corruttive che avvengano nell'ambito delle società**, circoscrivendo dunque l'ambito operativo del delitto in esame e lasciando fuori dall'ambito di tutela penale le condotte corruttive commesse nell'ambito di imprese individuali, consorzi e associazioni.
- La **condotta di corruzione attiva deve essere necessariamente antecedente alla condotta di corruzione passiva**. Non e•dunque penalmente rilevante ai sensi dell'art. 2635 c.c. la corruzione susseguente tra privati.
- L'art. 2635 c.c. è un **reato d'evento a natura plurioffensiva** che si consuma nel momento in cui si verifica il nocumento per la società cui e•riconducibile il soggetto corrotto.
- La nozione di **"nocumento"**, può ricomprendere oltre al danno emergente e al lucro cessante, riconducibili alla nozione di danno patrimoniale, anche il danno non patrimoniale patito dalla società (ad esempio il **danno all'immagine**)

CORRUZIONE TRA PRIVATI – IL NOCUMENTO "NECESSARIO"

Assenza di nocumento → **Reato non sussiste**

- la previsione che il reato sia **normalmente perseguibile a querela** della persona offesa conferma l'importanza attribuita al «personale» interesse della società danneggiata

In caso di **remissione di querela**

- Non si procede penalmente nei confronti della **persona fisica**
- La responsabilità della società **sussiste comunque in base all'art. 8, D.lgs. 231/2001**

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI – CONCETTO DI "ALTRE UTILITÀ"

I PARAMETRI DELLA GIURISPRUDENZA (SEZIONI UNITE 2780/96 – 7/93)

- Il **valore nullo** o esiguo della cosa mobile o dell'utilità può escludere la configurabilità del reato **solo in caso di corruzione impropria** o di istigazione alla corruzione impropria
- Deve comunque trattarsi di "donazioni" che, secondo gli usi sociali, rappresentano, per il loro modico valore, un atto di spontanea elargizione.

PROTOCOLLI COMPORTAMENTALI

Qualunque omaggio, vantaggio economico o altra utilità deve:

- non consistere in un **pagamento in contanti**
- essere effettuato in relazione a **finalità di business legittime e in buona fede**
- non essere motivato dal desiderio di esercitare un'influenza illecita o dall'aspettativa di reciprocità
- **essere ragionevole** secondo le circostanze e di buon gusto e conforme agli standard di cortesia professionale generalmente accettati.

FINALITÀ COMMERCIALI LEGITTIME E IN BUONA FEDE

- alla **promozione, dimostrazione** o illustrazione **di prodotti o servizi** o
- **alla partecipazione a seminari o workshop formativi**

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI – IPOTESI DELITTUOSE

Situazioni aziendali a rischio reato

- Acquisizione di nuova clientela/nuove forniture
- Consolidamento della clientela già acquisita (rinnovo contrattuale)
- Atti di concorrenza sleale
- Gestione e Selezione dei fornitori

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI – IPOTESI DELITTUOSE

Acquisizione di nuova clientela/nuove forniture

Tizio, amministratore della Società X, corrompe Caio, direttore acquisti della società Y, ottenendo così un'importante fornitura di beni/servizi.

Tizio, amministratore della Società X, corrompe Caio, facente parte della commissione di valutazione di una gara privata lanciata per assegnare un importante appalto d'opera o di fornitura di beni da parte della Società Y.

Consolidamento della clientela già acquisita

Tizio, amministratore della Società X, corrompe Caio, amministratore delegato o direttore acquisti della Società Y, ai fini del consolidamento del rapporto di clientela.

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI – IPOTESI DELITTUOSE

Concorrenza Sleale

Tizio, amministratore della Società X, corrompe Sempronio, presidente del collegio sindacale della Società Y, al fine di acquisire informazioni riservate sulla società concorrente.

Tizio, amministratore della Società X, corrompe Sempronio, responsabile commerciale della Società Y, al fine di impedire che quest'ultima partecipi ad una gara pubblica/privata.

Tizio, amministratore della Società X, corrompe Sempronio, responsabile ricerca e sviluppo della Società Y, al fine di ritardare la ricerca ed il successivo lancio di un prodotto concorrente

Tizio, amministratore della Società X, corrompe promettendo l'assunzione a Sempronio, responsabile ricerca e sviluppo della Società Y, al fine di acquisire informazioni riservate sul lancio di un prodotto concorrente.

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI – IPOTESI DELITTUOSE

Gestione e Selezione dei Fornitori

Tizio, amministratore della Società X, corrompe Caio, responsabile commerciale della società Y, ottenendo così un'importante sconto sulla fornitura di beni/servizi.

Tizio, amministratore della Società X corrompe Caio, consulente incaricato delle certificazioni periodiche previste dai sistemi di gestione qualità (UNI EN ISO 9001:2008), di gestione ambientale (ISO 14001:2004) o di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (OHSAS 18001:2007).

Tizio, amministratore della Società X, corrompe Sempronio, amministratore della Società che effettua marcature CE ai sensi della Direttiva 89/106/CE al fine di ottenere una certificazione formalmente autentica (possibile 473 c.p.).

Il committente di un appalto corrompe gli appaltatori affinché essi non rispettino gli obblighi previsti dalla normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro o in materia ambientale, trasferendo gli indubbi benefici di risparmio immediato nel prezzo dell'appalto stesso, con evidente interesse o vantaggio per l'ente del soggetto attivo.

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI – IPOTESI DELITTUOSE

Corruzione tra Privati?

Il dirigente dell'azienda X, in cui sono bloccate le assunzioni, chiede ad un suo fornitore fidelizzato di assumere temporaneamente un valido elemento, canalizzandone la remunerazione nell'ambito del contratto di fornitura

Ospitalità in una beauty farm da parte dell'azienda Y di dirigenti di un potenziale cliente o spese di rappresentanza finalizzata ad attività di business development

Richiesta da parte di una multinazionale farmaceutica ad un suo fornitore di partecipare ad un programma di liberalità in favore di una ONG in un Paese del terzo mondo

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI – IPOTESI DELITTUOSE

Formazione della provvista ai fini dell'atto corruttivo

- Omaggi, sponsorizzazioni, donazioni a favore del soggetto corrotto;
- Opportunità di investimento per il soggetto corrotto;
- Assunzione di personale, legato al soggetto corrotto;
- Sconti o crediti personali in favore del soggetto corrotto;
- Facilitation Payment per il soggetto corrotto;
- Convegni in mete turistiche per allietare il soggetto corrotto;
- Supporto ai familiari del soggetto corrotto

GLI EFFETTI SUL MODELLO ORGANIZZATIVO

- Provvedere all'aggiornamento del modello organizzativo al fine di:
  - **Mappare i processi sensibili** nei quali può verificarsi potenzialmente la commissione del reato di corruzione tra privati, in qualità di società corruttrice;
  - **Individuare appositi protocolli di controllo** per prevenire la commissione del reato.

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI – PROCESSI AZIENDALI A RISCHIO

Processi a rischio reato diretti

- *Gestione del processo di acquisizione di nuova clientela;*
- *Gestione della clientela acquisita;*
- *Partecipazione a gare indette da soggetti privati;*
- *Gestione dei rapporti con il cliente in caso di vittoria di una gara;*
- *Rispetto della concorrenza;*
- *Selezione dei fornitori;*
- *Rapporti con la società di revisione legale e/o la società di certificazione.*

Processi a rischio reato strumentali

- *Assegnazione/gestione degli incarichi e delle consulenze esterne (ciclo acquisti);*
- *Selezione e gestione del personale;*
- *Gestione della liquidità e contabilità;*
- *Gestione del marketing ed eventuale omaggistica clienti comprese le organizzazioni no profit*

Ciclo attivo

- Chiara segregazione di funzioni e responsabilità avendo riguardo, da un lato, ai poteri autorizzativi dei processi di vendita e, dall'altro, ai poteri autorizzativi di spesa.

- Netta ripartizione dei compiti tra le varie funzioni nell'ambito dell'organizzazione delle vendite, in particolare tra responsabilità nei rapporti con il cliente (cd. *account manager*), responsabilità nella definizione del prezzo di offerta e delle condizioni/tempi di pagamento (e relative penali), responsabilità nella definizione di eventuali risoluzioni transattive in caso di controversie.

- Criteri generali e trasparenti per la determinazione di un prezzo massimo di offerta per singolo prodotto o servizio, di modo che qualunque anomalia possa essere agevolmente rilevata.

- Pianificazione di attività di *benchmarking* (raffronto con i valori economici di mercato).

Ciclo passivo

- Netta ripartizione dei compiti tra le varie funzioni nell'ambito dell'organizzazione degli acquisti, in particolare tra funzione che individua e seleziona il fornitore, il consulente o il prestatore di servizi, funzione che ratifica l'ordine di acquisto, funzione che autorizza il pagamento e funzione che effettua il controllo di gestione e la tracciabilità delle operazioni.
- Individuazione di criteri generali e trasparenti per la determinazione di un prezzo massimo di acquisto per singolo prodotto o servizio, attraverso l'acquisizione di più preventivi (almeno tre).
- Determinazione di regole generali soprattutto su termini e condizioni di pagamento.
- Pianificazione di attività di *benchmarking* (raffronto con i valori economici di mercato).
- Predisposizione di adeguati protocolli aziendali per: acquisti di beni e servizi; affidamento di consulenza ed altre prestazioni professionali.

Formazione e Controllo del Personale

- L'aggiornamento del Modello, deve essere portato adeguatamente a conoscenza di tutto il personale, non solo dirigente

- Il personale dirigente è tenuto: a diffondere i principi contenuti nel Modello e nel Codice Etico; ad assicurarsi che ciascun dipendente partecipi e concluda l'attività di formazione in tema di anticorruzione; a rivedere annualmente i risultati ottenuti e le metodologie adottate

- Deve risultare una chiara segregazione di funzioni e responsabilità, ovvero una netta ripartizione dei compiti tra le varie funzioni e quindi tra chi predispone e chi sottoscrive la documentazione da presentare ai fornitori o partner commerciali

- Qualunque criticità o conflitto d'interesse sorga nell'ambito del rapporto con terze parti private deve essere comunicato all'Organismo di Vigilanza con nota scritta

Gestione della Liquidità e della Contabilità

È vietato:

- Effettuare elargizioni in denaro e regali a pubblici funzionari a partner commerciali, collaboratori, fornitori o riceverle al di fuori di quanto previsto dalle prassi generalmente accettate

- Effettuare pagamenti in contanti, salvo espressa autorizzazione da parte della direzione amministrazione e finanza

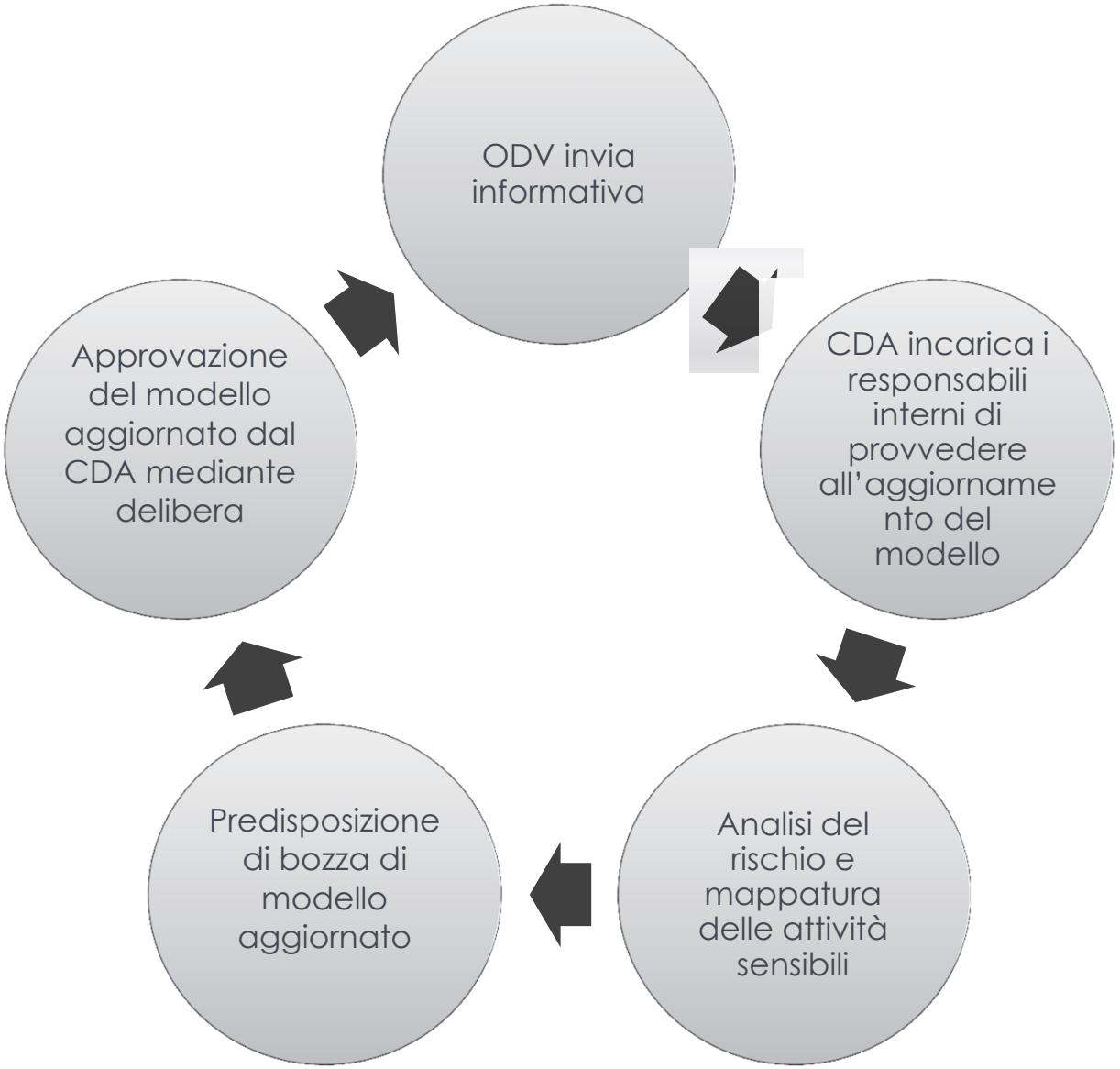
- Riconoscere compensi, o effettuare prestazioni, in favore dei collaboratori esterni che non trovino adeguata giustificazione in relazione al tipo di incarico da svolgere, al compenso ricevuto, alle caratteristiche del rapporto di partnership ed alle prassi vigenti;

- In ogni caso, effettuare pagamenti senza il rispetto delle procedure previste dal software gestionale adottato dalla società

Comunicazione delle seguenti informazioni

- operazioni di vendita superiori ad un dato importo che potrà rappresentare la soglia di rischio;
- operazioni di vendita superiori di una data percentuale rispetto al prezzo medio del prodotto, come risultante dai criteri generali suddetti;
- operazioni di incasso al di sotto dei termini standard di pagamento (ad esempio, fatture pagate a vista);
- operazioni di acquisto eseguite a valori non di mercato, che non rispecchiano gli standard adottati dalla società;
- operazioni di incasso al di sotto/di sopra dei termini ordinari di pagamento (ad esempio, fatture pagate a vista).

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI
PERCORSO PER L'AGGIORNAMENTO DEL MODELLO



Grazie per l'attenzione

Mario Ippolito: *mippolito@carnelutti.com*

Giuseppe Vaciago: *vaciago@htlaw.it*