RIVISTA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
ISSN 0485-2281
Anno LXIV Fasc. 1 - 2013

Massimo Mantovani

IL RUOLO DELLE AZIENDE NELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

IL RUOLO DELLE AZIENDE NELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE

di MASSIMO MANTOVANI (*)

1. Premessa.

Il tema del ruolo delle aziende nella lotta alla corruzione è ampio, ed in relazione ad esso sono possibili diverse riflessioni; un profilo di sempre maggiore interesse è la disamina dei programmi anti-corruzione adottati dalle aziende.

Come è noto, i programmi aziendali rivolti alla prevenzione della corruzione, oltre a ribadire i principi del rispetto della legalità e della condotta etica nello svolgimento dell'attività d'impresa, devono stabilire specifiche regole di comportamento che devono essere rispettate. Ad esempio, in Italia, ai sensi del decreto legislativo 231/2001, è essenziale non solo che i "modelli di organizzazione e di gestione" siano idonei a prevenire la commissione dei reati in esso previsti ma che siano stati anche "efficacemente adottati"; si parla in tal caso di fattore esimente della responsabilità. In UK, la normativa stabilisce che la mancata adozione di un modello anticorruzione è di per sé un illecito e viene attribuita efficacia esimente a programmi di *compliance* anti-corruzione adottati. In US, l'adozione di un modello anticorruzione rappresenta infine l'elemento centrale per eventuali mitigazioni delle conseguenze in caso di condotta illecita.

In generale un modello di controllo dei rischi anticorruzione ricade nel cosiddetto adeguato assetto organizzativo di cui una società, specie se quotata, deve dotarsi, a prescindere da obblighi normativi sull'adozione di tali modelli; peraltro, per le società che operano su un mercato globale è ormai consolidata la prassi internazionale di adottare specifici modelli di *compliance antibribery* interni all'azienda.

2. I presupposti di un programma di compliance antibribery.

Un buon programma *antibribery* ha quale presupposti una specifica

(*) General Counsel, ENI SpA, co-lead Sherpa B20 per il G20 del 2013 in Russia.

mappatura dei rischi aziendali e la conseguente definizione di *standard* interni di controllo per le aree considerate esposte al rischio; centrale, in merito, è la identificazione e la gestione da parte delle linee di *business*, e da parte dei presidi di controllo interni, delle "*red flags*" che consentono di cogliere eventuali segnali di allarme.

Le *red flags*, in particolare, sono fondamentali in due fasi distinte dell'attività aziendale: inizialmente, nelle attività di *due diligence* sulle controparti contrattuali che devono essere eseguite prima della stipula di accordi, siano essi di *joint venture*, cessione di beni, consulenze, intermediazione etc. (a tal proposito occorre che l'azienda individui nei propri programmi di *compliance anti-bribery* le varie tipologie di *red flag*); successivamente alla conclusione di un accordo, nella fase di gestione contrattuale (es. segnalazioni di anomalie, quali la repentina crescita di ordini o di commissioni o la gestione approssimativa di potenziali patologie, l'assenza rilevata di buon funzionamento dei presidi di controllo interni). In questo caso occorre individuare le responsabilità di chi è chiamato a monitorare tali attività e quali sono gli strumenti a disposizione per effettuare le verifiche, inclusa la valutazione sull'eventuale opportunità di coinvolgere le "*autorità*", specie alla luce dei limitati poteri di indagine a disposizione delle aziende. *Red flags* fondamentali sono poi, naturalmente, le segnalazioni su eventuali anomalie che si ricevono da terzi, da dipendenti, anche su base anonima; anche la notizia di provvedimenti giudiziari ed attività di indagine rilevano. In ciascun caso occorre un adeguata istruttoria interna di verifica.

Oltre alla mappature dei rischi ed alla definizione di specifiche regole di condotta, ulteriori componenti essenziali di un programma *antibribery* sono: *i*) la specifica continua sensibilizzazione e formazione del personale: tema centrale, spesso sottovalutato. Non basta la formazione attraverso sistemi informatici di *web training*, occorre un esteso programma di formazione personalizzato in *workshop* per sviluppare contatti diretti con il personale a rischio; *ii*) il "*top level commitment*": chiaro impegno e messaggio di attenzione da parte del vertice aziendale a tutta la realtà aziendale e *iii*) l'istituzione di una unità centrale anti-corruzione che non svolga unicamente compiti consultivi o di assistenza specialistica ma che abbia un ruolo attivo nell'ambito delle attività aziendali più esposte al rischio corruzioni e *iv*) le sanzioni disciplinari verso i dipendenti e i rimedi contrattuali verso fornitori e terze parti che agiscono per conto della società e *v*) la vigilanza costante (qui torna il tema della gestione delle *red flags*).

3. La crescente importanza delle best practices e del confronto internazionale.

Al di là della mappature dei rischi e la definizione di presidi specifici per ciascuna azienda, per la definizione di un programma anticorruzione il

riferimento a *standard* internazionali e a *best practices* si rivela poi un punto fondamentale; con specifico riguardo al reato di "corruzione internazionale", le più aggiornate "*best practices*" internazionalmente riconosciute sono oggi contenute nei seguenti atti: (*i*) i 12 principi previsti dall'OCSE nel documento del 18.02.2010 "*Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*" adottato in attuazione della "*Reccomendation of che Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials*"; (*ii*) i 6 principi previsti per l'ottemperanza al U.K. Bribery Act dell'8.4.2010 - "*GUIDANCE about procedures which relavant commercial organizations can put into placet o prevent persons associated with them form bribing*"; (*iii*) i 7 principi (c.d. "*seven pillars*") indicati dalla U.S. Sentencing Commission per il rispetto del *Foreign Corruption Practice Act* nel documento 1.11.2010 "*Federal Sentencing Guidelines Manual - Chapter 8 - Part B Effective compliance and ethics program*". La Camera di Commercio Internazionale, particolarmente attiva sul tema, sta aggiornando un utile e pratico *handbook* indirizzato alle imprese ed ha di recente predisposto clausole di riferimento da inserire nei contratti.

A livello internazionale si moltiplicano i *forum*, sia spontanei sia organizzati, in particolare per settore di attività industriale, che svolgono attraverso lo scambio di esperienza un ruolo fondamentale nella valutazione di idoneità del modello basato su "codici di comportamento" e su "*best practices*": si ritiene ormai generalmente che un "modello" ad essi conforme possa presumersi "idoneo"; è ormai prassi uno scambio costante di informazioni tra *major* del settore sui rispettivi sistemi e regole di *compliance antibribery*. Vi sono poi *forum* di grande importanza quali il *Global Compact* dell'Onu e il PACI (*Partnering Against Corruption Initiative*) organizzato dal WEF, oltre al ruolo fondamentale del'ICC di Parigi e dell'UNDOC ed OCSE che hanno un dialogo costante e utile con il mondo dell'impresa.

Come noto, il 17 giugno 2012, a latere del vertice annuale del G20, si è tenuto a Los Cabos (Messico) il terzo B20, la riunione dei rappresentanti degli imprenditori dei Paesi più industrializzati; il tema della lotta alla corruzione, in continuità con i lavori tenuti al B20 di Cannes, era uno dei temi in agenda. La novità che ha contraddistinto quest'ultimo B20 rispetto alla precedente esperienza di Cannes è stata la partecipazione ai lavori del gruppo anticorruzione, accanto ai rappresentanti del mondo industriale internazionale, di OCSE, UNDOC, *Transparency International*, del *World Economic Forum* (WEF) e dell'*International Chamber of Commerce* (ICC) che hanno contribuito a definire raccomandazioni finali di particolare rilievo e importanza, con un consenso generale (e non solo rappresentativo) del mondo aziendale. Le raccomandazioni conclusive del B20, che sono state presentate in Los Cabos ai rappresentanti governativi del G20 — con un riscontro positivo sulle azioni raccomandate — individuano sei aree principali di intervento nella lotta alla corruzione, suggerendo specifiche azioni da intraprendere da parte del mondo dell'impresa e delle autorità governative:

• migliorare la trasparenza negli appalti pubblici;

• promuovere l'adozione e attuazione di azioni collettive e per settori di attività;

• coinvolgere il settore privato, in particolare del mondo dell'industria, nelle *revisioni* periodiche svolte presso i singoli Stati in ottemperanza alle convenzioni OCSE e UNCAC in materia di anticorruzione;

• incoraggiare lo scambio di esperienze e di *know how* tra il settore privato e quello pubblico, anche per quanto riguarda in particolare la formazione in materia di anticorruzione;

• sostenere e promuovere l'adozione di modelli di *compliance* e programmi anticorruzione da parte del mondo dell'industria e incoraggiarne la diffusione nella piccola e media impresa;

• migliorare il quadro normativo e regolatorio nazionale ed internazionale in materia di anticorruzione.

Nelle raccomandazioni conclusive di Los Cabos è stato nuovamente sottolineata l'importanza della cooperazione tra pubblico e privato, tra aziende ed autorità e l'esigenza di "facilitare" tale cooperazione. In particolare, creando specifici incentivi per le aziende che adottano un ruolo attivo nella lotta alla corruzione, tramite la cooperazione e l'adozione di programmi specifici per la prevenzione della corruzione. Due sono al riguardo gli aspetti di particolare rilievo: *i*) la promozione di trasparenti e strutturati programmi di "*leniency*", per incentivare il *self reporting* e la cooperazione delle aziende con la Magistratura e *ii*) l'esigenza di trovare una soluzione al tema del *ne bis in idem*, ossia al rischio di duplicazione di procedimenti giudiziari in più giurisdizioni per i medesimi fatti, che peraltro costituisce un forte disincentivo alla cooperazione stessa delle aziende.

4. L'impatto dell'esperienza internazionale sui programmi anti-bribery.

In buona sostanza, le aziende devono pertanto guardare ai propri programmi anti-corruzione non più nel solo rispetto del *risk based approach* (ossia la decisione di gestire il rischio corruzione all'interno della propria azienda con programmi anticorruzione adeguati ai rischi rilevati) ma attraverso la partecipazione, anche a livello internazionale, ai diversi tavoli che si riuniscono al fine di garantire l'adesione ad un approccio condiviso da parte delle imprese che operano nello stesso settore: definizione di azioni collettive e di *standard* per il settore di riferimento, impostazione della gestione delle *red flags* congiuntamente ad altre *major* eventualmente coinvolte in medesime vicende o parti alle stesse *joint venture*, azioni comuni verso i fornitori, attività di continua formazione anticorruzione anche rivolta agli appaltatori.

Dallo sviluppo, cooperazione ed interazione tra aziende a livello internazionale, al fine di assicurare l'efficacia del sistema di regole di controllo

interno ed in particolare dei controlli anticorruzione, è scaturita ad esempio la *best practice* che suggerisce l'istituzione di unità organizzativa *ad hoc*, la *Anti-Corruption Legal Support Unit,* che per rispondere pienamente al suo obiettivo deve presentare le seguenti caratteristiche:

- essere centralizzata al fine di accentuare e garantire l'indipendenza dalle unità di *business*;
- fornire assistenza specialistica preventiva in materia anti-corruzione alle unità di *business*;
- verificare che il modello anti-corruzione venga adottato in tutti gli ambiti in cui opera la società;
- garantire l'informazione periodica in merito alla propria attività all'Organismo di Vigilanza, al Comitato di Controllo e Rischi, al Collegio Sindacale e al *Chief Financial Officer*;
- curare il costante aggiornamento del modello anti-corruzione al fine di assicurarne l'efficacia;
- supervisionare la formazione dei dipendenti, controparti, *partner* ed appaltatori in materia di anti-corruzione e di gestione delle attività a rischio;
- essere coinvolta nelle fasi maggiormente delicate, ad esempio l'analisi delle *due diligence* e *red flags* su intermediari, *partners* di *joint venture*, consulenze, agenti, terze parti che agiscono per la società o che abbiano contatti con pubblici ufficiali;
- ricevere le segnalazioni di *red flags* e di eventuali comportamenti potenzialmente in violazione delle regole anti-corruzione e vigilare sulle stesse.
- svolgere attività di *forensic investigation* in ambito anticorruzione.

Tali programmi hanno l'ambizioso obiettivo di neutralizzare il rischio di condotte corruttive nelle quali dipendenti o rappresentanti dell'azienda possano essere consapevolmente o inconsapevolmente coinvolti ed hanno un notevole impatto positivo nel ridurre fortemente il rischio di condotte corruttive.

5. La cooperazione con la Magistratura.

In ambiti complessi e particolarmente strutturati non si può escludere la presenza di dipendenti "infedeli" che mettano in atto condotte non in linea con le regole di cui l'azienda si è dotata. In tali casi, è primario interesse dell'azienda l'accertamento dei fatti, al fine di prendere le opportune azioni e misure disciplinari; al riguardo, è altresì fondamentale la cooperazione con la magistratura in particolare nelle fasi di indagini, anche se in merito occorre sottolineare che, nei fatti, una grande azienda che opera in un mercato globale deve affrontare diversi atteggiamenti, a volte contrapposti.

In alcuni Paesi la cooperazione è massima, è la stessa autorità giudiziaria che si aspetta che gran parte dell'attività di verifica sia svolta anzitutto

dall'azienda e che vuole un contatto diretto con l'azienda e con la funzione legale. In altre circostanze, magari per un indagine sui medesimi fatti ma in altra giurisdizione, l'atteggiamento è differente; l'autorità non vede con fiducia le verifiche interne e i contatti con l'azienda sono praticamente inesistenti, se non attraverso l'acquisizione formale delle informazioni e l'ascolto delle persone come "persone informate dei fatti". Purtroppo nei fatti è quello che si vede in Italia; diversamente all'estero la cooperazione tra impresa ed autorità, specie nella gestione di *red flags* rilevanti e prima dell'avvio di procedimenti formali di indagine, è centrale. In Italia serve uno sforzo congiunto per riuscire ad attivare un rapporto di fiducia sulla volontà e capacità delle società di prevenire o ricercare condotte illecite, pur nella consapevolezza dei loro limitati poteri di indagine.