

# Modelli *Cross Border*: soluzioni a confronto

**Milano, 9 luglio 2019**

Il dilemma applicativo nell'esperienza pratica

Roberta Fusetti  
Head of Legal & Compliance  
Morgan Stanley Italy

Mi presento.

1. D.Lgs. 231: tre spunti di riflessione
2. La colpevolezza organizzativa
3. Il rischio «ragionevole» e il principio di tassatività
4. Anche il MOG cross-border deve essere sartoriale
5. Il MOG cross-border è utile solo alle succursali?
6. Il MOG cross-border e le holding
7. Contra
8. Pros
9. Per concludere: cinque domande

# Mi presento

- ✓ Managing our business with purpose
- ✓ Conduct risk: “not all regulating is done through regulation!”
- ✓ Spotting disruption: everyone has a part to play!

## Confirmation bias



We see and hear what fits our expectations



### Ieri **Necessità di allineamento dell'Italia ad altri Stati**

Legge 300/2000 di ratifica di atti internazionali in tema di lotta alla corruzione e Decreto Legislativo 231/2001: «...dal punto di vista della politica criminale, le istanze che premono per l'introduzione di forme di responsabilità degli enti collettivi appaiono infatti ancora più consistenti di quelle legate ad una pur **condivisibile esigenza di omogeneità e di razionalizzazione delle risposte sanzionatorie tra Stati**, essendo ormai pacifico che le principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere [...] da soggetti a struttura organizzata e complessa.» \*

\* Relazione ministerale al d.lgs. 231/2001

### Oggi **Mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari**

Con il Decreto Legislativo 149/2017, recante “Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera”, il legislatore disciplina l'assistenza giudiziaria internazionale e gli effetti delle sentenze penali straniere ovvero l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e introduce, con l'art. 697-septies del Codice di Procedura Penale, il **principio del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari emessi dalle competenti autorità giudiziarie degli Stati Membri EU «da reato degli enti.**



## Sopravanzamento dell'illegalità di impresa

«L'incremento ragguardevole dei reati dei "colletti bianchi" e di forme di criminalità a questa assimilabili, ha di fatto prodotto un **sopravanzamento della illegalità di impresa sulle illegalità individuali**, tanto da indurre a capovolgere il noto brocardo, ammettendo che ormai la *societas* può (e spesso vuole) delinquere\*

\* Relazione ministerale al d.lgs. 231/2001

La commissione ministeriale di esperti (presieduta dal Direttore generale degli affari penali del Ministero della Giustizia, dott. Giorgio Lattanzi) aveva individuato due tipologie di destinatari del Decreto:

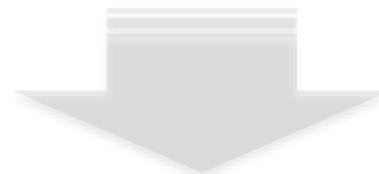
- persone giuridiche la cui attività, pur non essendo finalizzata alla commissione di reati, rientri nell'ambito della sua **diffusa politica aziendale**
- persone giuridiche la cui responsabilità discende non già da una volontà sociale ma da un **difetto di organizzazione e controllo** da parte del vertice

Solo questi soggetti si interrogano sul reale «**costo**» ed il possibile valore aggiunto di un MOG di tipo «cross-border»



## Patologia «ordinaria»

Nella relazione ministerale al Decreto Legislativo 231/2001 si legge che il contesto di attuazione degli obblighi internazionali ha «indirizzato l'attenzione del delegante verso forme di patologia più "ordinaria": tipiche cioè dell'operare economico, dove la *funzionalizzazione criminosa* [...] è un fenomeno, se non impossibile, piuttosto raro, ed in cui la commissione di reati contro la pubblica amministrazione o comunque lesivi dell'interesse patrimoniale di un oggetto pubblico (sia esso nazionale oppure non) *può discendere come effetto "collaterale" dalla proiezione della società (sostanzialmente sana) verso una dimensione di profitto.*»



Tiedemann (1995): la colpa come criterio di imputazione dell'impresa

## Articolo 6 d.lgs. 231/2001

L'idea alla base non è una ricaduta automatica, oggettiva del reato commesso dall'individuo, ma è l'effetto della «colpevolezza organizzativa» o «riprovevolezza»: **l'organizzazione inidonea alla prevenzione dei reati, l'omessa vigilanza sono le cause che determinano l'insorgere della responsabilità**

*Cassazione penale, SS.UU., 24.04.2014, n. 38343*

Due elementi fondamentali:

1. Il reato dev'essere commesso nell'**interesse o a vantaggio** dell'ente
2. La precedente e causale inosservanza di doverose cautele
  - Se il reato è commesso dai **sottoposti**, «colpa specifica» per inosservanza degli standard di cautela. L'accusa deve cioè provare **l'inosservanza di regole cautelari doverose**.
  - Se il reato è commesso dagli **apicali**, occorre provare che la persona fisica ha adottato un disegno criminoso per aggirare le regole cautelari ed i relativi controlli (l'«**elusione fraudolenta**»)

L'accusa deve dimostrare lo **strutturale deficit organizzativo** dell'ente!

**Inversione dell'onere della prova...**quasi impossibile se la base manageriale ristretta!

Se il rispetto di regole cautelari doverose rappresenta un «**costo occulto della produzione aziendale**», il Management ha tutto l'interesse a definire:

- ✓ Quali siano i principali rischi di conformità cui è strutturalmente esposta l'impresa
- ✓ Quali siano, in concreto, le aree di rischio inerente non presidiate
- ✓ Quali siano gli strumenti e le risorse di cui l'impresa può disporre per mitigare questi rischi?

Storia  
mutevole

Opinabile  
mutevole

Dipende dal  
compliance  
program

Il MOG costituisce un utile strumento per identificare aree di rischio a cui l'impresa è fisiologicamente e storicamente esposta

Il MOG deve censire i processi e gli strumenti di mitigazione concretamente disponibili e identificare eventuali aree di rischio non «presidiate»

Il MOG è lo strumento che consente di accrescere la consapevolezza sui rischi residui, diffondere la cultura della conformità e provare la diligenza dell'impresa

## Il MOG cross-border deve essere «sartoriale»



### Anche nella prospettiva cross border...

I precedenti giurisprudenziali e la straordinaria esperienza applicativa dell'ordinamento statunitense e di quello britannico, insegnano che, per essere un'efficace scriminante, il MOG dev'essere «**sartoriale**» e identificare:

- le **attività più a rischio** di commissione dei reati presupposto da parte dei soggetti apicali e sottoposti
- tra queste, le **situazioni e le condotte di rischio** tipico
- i concreti **strumenti di prevenzione**

### Ma il Modello cross-border non può essere bottom up!

Difficoltà in pratica:

- ✓ la *corporate governance* è scritta da Casa Madre
- ✓ prevalgono le regole organizzative di Casa Madre
- ✓ il diritto penale non è del tutto armonizzato...
- ✓ la gestione dinamica del MOG deve attingere alla normativa, alla giurisprudenza e alle *best practices* italiane
- ✓ l'efficacia scriminante del MOG dipende dalla capacità dell'ODV di vigilare...

REALITY CHECK

L'adozione di un MOG *cross-border* per società estere che operino in Italia tramite stabili organizzazioni ovvero per società italiane che operino dall'estero

## *Società estere*

### Articolo 3 del Codice Penale

La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, **si trovano nel territorio dello Stato**, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale [...]

### Articolo 36, co. 1 d.lgs. 231/2001

La competenza è quella del giudice del luogo dove è stato commesso il reato presupposto (si parla di giurisdizione *tout court*)

## *Società italiane*

### Articolo 4, co. 1 d.lgs. 231/2001

Reati commessi all'estero da società aventi la sede principale in Italia: la competenza è quella del giudice italiano ma **(i) solo se ricorre una delle condizioni previste dal codice penale agli artt. 7, 8, 9 e 10; e (ii) lo Stato in cui è commesso il reato presupposto non proceda nei confronti dell'ente**

### Territorialità:

- ✓ Le aziende che operano esclusivamente in regime trasfrontaliero non sono soggette al diritto penale italiano (salvo eccezioni)
- ✓ Per l'accusa occorre sostenere che l'interesse perseguito dalla controllata si riverbera in maniera significativa sul patrimonio della holding

### "Cittadinanza" per l'ente italiano:

- ✓ delitti contro la personalità dello Stato italiano;
- ✓ delitti di contraffazione/uso del sigillo dello Stato;
- ✓ delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano
- ✓ ...

## Per le controllate, il giudice guarda a ciascuna impresa autonomamente...

Caso Impregilo (G.U.P. Milano, 17 novembre 2009): «[...] Deve poi ricorrere una possibilità giuridica da parte della controllante nella realizzazione di attività di gestione, nel senso di possibilità di **ingerenza nell'organizzazione della controllata**, in modo tale che possa addebitarsi anche alla controllante la mancata adozione di strumenti organizzativi atti a prevenire la esecuzione delle condotte illecite. Una tale ipotesi ricorrerà assai difficilmente, proprio per la autonomia giuridica, ma del pari organizzativa di ciascuna soggettività giuridica. [...] la capogruppo, infatti, rispetto alle altre società, è un mero titolare di partecipazioni azionarie e *nessun obbligo di vigilanza ed intervento incombe sul socio come tale, indipendentemente dalla misura della sua partecipazione e dall'eventuale capacità di influenza dominante.* »

## Autonomia soggettiva:

- ✓ MOG distinti per società
- ✓ chiara architettura delle deleghe operative
- ✓ distinti poteri ispettivi

*Ne bis in idem*: nella misura in cui le condotte fossero rilevanti ai fini del diritto penale o amministrativo applicabile a casa madre, *cui prodest?*

Le funzioni di controllo locali hanno un accesso limitato alle informazioni riguardanti l'attività posta in essere da casa madre (e le regole d'accesso potrebbero essere diverse)

L'attività posta in essere dalla società estera con una presenza "leggera" in Italia potrebbe essere significativamente influenzata da esigenze di *governance* e *crime resilience* diverse o distanti da quelle locali

I costi di redazione dei MOG *cross-border* possono essere notevolmente più alti perché richiedono competenze aziendali e penali più ampie

Le competenze per la redazione e l'aggiornamento del MOG risiedono tipicamente in Italia, ma le competenze per l'aggiornamento dei *compliance programs* risiedono principalmente presso la capogruppo

Il confine tra l'attività della succursale e quella della casa madre è piuttosto labile



Esimente

Le ragioni che depongono a sfavore dell'adozione di un modello cross-border possono essere molteplici...

- I costi
- *Ne bis in idem*
- La difficile perimetrazione delle condotte penalmente rilevanti rispetto alle politiche di *governance* di casa madre
- I limiti alle ispezioni
- Il labile confine dell'attività locale rispetto di casa madre
- ....

Le ragioni che depongono a favore dell'adozione di un modello cross-border possono essere molteplici...

- ✓ Reputazione
- ✓ Difesa processuale
- ✓ Costi di contenzioso
- ✓ Onere della prova
- ✓ Agilità documentale
- ✓ Coerenza di approccio

...

Alto rischio ↑ Rischio di business e di reputazione ↓ Basso rischio	<b>Reputazione</b>	<p>In presenza di un MOG <i>cross-border</i>, l'impresa mitiga il rischio che l'assenza del Modello possa essere percepito dai clienti come una strutturale carenza di presidio sulle aree di interesse.</p> <p>Inoltre si mitiga il rischio di una sanzione dovuta all'assenza del MOG per l'attività <i>cross-border</i>, alla quale può sempre attribuirsi un danno reputazionale.</p>
	<b>Efficacia discriminante</b>	<p>I MOG previsti ex D.Lgs 231/01 hanno natura facoltativa e possono essere adottati <i>ante factum</i> o <i>post factum</i>. Se adottati a scopo preventivo (<i>ante factum</i>), a determinate condizioni costituiscono elementi impeditivi della responsabilità dell'ente in evento di illecito amministrativo dipendente da reato (ex art. 6 D.Lgs 231/01)</p>
	<b>Riduzione della pena</b>	<p>Il MOG <i>cross border</i> adottato <i>post factum</i>, ex artt. 12, lett. b), D.Lgs 231/01 costituisce una possibile attenuante della responsabilità con l'effetto dell'inflizione di sanzioni diminuite (Trib. Milano, ord. N. 2333 del 14 dicembre 2004)</p>
	<b>Costi di contenzioso</b>	<p>L'adozione di un MOG <i>cross-border</i> "rimediale" è un costo potenzialmente elevato, anche alla luce dell'urgenza con la quale viene redatto.</p>
	<b>Onere della prova</b>	<p>Per quanto imperfetto, il MOG <i>cross-border</i> può facilitare la dimostrazione in giudizio dell'esistenza di regole adeguate prima della commissione del reato.</p>
	<b>Agilità documentale</b>	<p>Alcune aziende (in particolare, quelle soggette a controllo pubblico o quelle che operano in un settore pubblico) richiedono il MOG <i>cross-border</i> quale requisiti di ammissione ad una gara o quale elemento qualificante. Questa pratica sta diventando diffusa.</p>
	<b>Coerenza di approccio</b>	<p>La presenza di attività <i>cross-border</i> e l'assenza di un MOG corrispondente (o la presenza di un MOG esclusivamente perimetrato all'attività locale) può indurre l'accusa a ritenere consapevole l'impresa dei rischi e colpevole della mancata stesura del MOG <i>cross-border</i></p>
	<b>Indagini interne</b>	<p>L'adozione di un MOG <i>cross-border</i> può fornire un utile framework per lo svolgimento delle indagini interne (e, in parte, per l'applicazione delle misure disciplinari)</p>

## Per concludere? Cinque domande

Prima di adottare un MOG cross-border:

1. E' possibile identificare in modo stabile e programmatico le attività che si svolgono sul territorio italiano e (tra queste) le attività concretamente a rischio 231, non altrimenti presidiate?
2. E' possibile identificare il personale e gli agenti dell'ente esposto a questi rischi, definire specifiche regole di condotta e vigilare sul rispetto di tali regole?
3. Si può dotare l'ODV di competenze e poteri di vigilanza adeguati rispetto a tali aree?
4. Si può definire un regime disciplinare adeguato alle specifiche aree di rischio 231 ai sensi della normativa giuslavoristica (locale)?
5. Vi sono alternative più agevoli o più economiche all'adozione di un MOG cross-border?

# Grazie per l'attenzione!

## Avvertenze

Questa presentazione e le informazioni in essa contenute (il "Materiala «Presentazione») è stata redatta a titolo personale e non impegna in alcun modo Morgan Stanley. La Presentazione è stata redatta per finalità meramente illustrativa, con l'obiettivo di fornire una valutazione critica dei temi in essa trattati.

Sebbene sia stata impiegata ragionevole cura per assicurare che le opinioni ivi espresse siano fondate, le stesse non sono state verificate in modo indipendente e, pertanto, nessuna dichiarazione o garanzia, espressa o implicita, può essere rilasciata in relazione alla veridicità, completezza, correttezza delle informazioni, opinioni o stime contenute nella Presentazione. Nessuna responsabilità diretta o indiretta, espressa o implicita, può essere attribuita all'autore o a Morgan Stanley o ciascuno dei suoi azionisti, amministratori, dirigenti, impiegati e agenti in relazione al contenuto o accuratezza del Materiale o in relazione a errori, omissioni in essa contenuti o in relazione a informazioni orali o scritte rese disponibili e tale responsabilità è espressamente limitata nei limiti massimi consentiti dalla legge.