

IL BRIBERY ACT 2010: LA NUOVA LEGGE INGLESE ANTICORRUZIONE

Con l'entrata in vigore del "Bribery Act" il 1 luglio 2011 il Regno Unito ha modificato ed integrato la preesistente normativa in materia di corruzione, rimasta invariata per oltre un secolo e fortemente criticata, in quanto ritenuta lacunosa, dall'Organization for Economic Co-operation and Development (di seguito "OECD").

Con il Bribery Act viene a crearsi un quadro normativo stabile e generale volto a disciplinare sia la corruzione nell'ambito della Pubblica Amministrazione sia la corruzione privata, con la contestuale abrogazione e sostituzione dei precedenti quadri normativi relativi alla Prevenzione di attività di corruzione del 1889 e 1916.

Oltre all'introduzione della nuova fattispecie di reato di corruzione di pubblico ufficiale straniero la legge inglese introduce una nuova fattispecie di responsabilità delle aziende (alle quali possono essere applicate sanzioni pecuniarie) per fatti corruttivi commessi a loro vantaggio o nel loro interesse, nel caso in cui tali aziende non si siano dotate di modelli organizzativi interni volti a prevenire tali atti.

La legge ha richiesto esplicitamente al Governo la pubblicazione di Linee Guida destinate alle aziende e volte ad indicare i principi e le caratteristiche principali delle procedure da porre in essere, per evitare che vengano commessi atti corruttivi nell'interesse dell'ente.

DIPARTIMENTO ITALIANO DI CORPORATE

Luglio 2011

1. Il Bribery Act riflette l'impegno del Regno Unito (già firmatario di una serie di strumenti internazionali per la lotta alla corruzione: UN Convention against Corruption, OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials (1997), Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption (1998), and Additional Protocol (2005)) nel combattere la corruzione e introduce un nuovo e importante quadro normativo volto a combattere questa *“piaga insidiosa che ha un ampio spettro di effetti corrosivi nei vari ambienti sociali. Minaccia la democrazia, lo stato di diritto, porta alla violazione dei diritti umani, comporta distorsioni della concorrenza, erode la qualità di vita delle persone ed aiuta lo sviluppo della criminalità organizzata, del terrorismo e delle altre realtà che attentano alla sicurezza degli uomini ...”* (Kofi Annan, UNCAC – United Nations Convention against Corruption – 2004).

2. Approvato in data 8 aprile 2010, il Bribery Act 2010 (di seguito “BA”) è entrato in vigore il 1° luglio 2011, introducendo, per la prima volta, nell'ordinamento inglese la responsabilità penale dell'impresa per i reati di corruzione commessi da soggetti che operano in nome e per conto della medesima ovvero per il solo reato di mancata prevenzione della corruzione. Si tratta, pertanto, della più recente e stringente iniziativa legislativa nella lotta alla corruzione nel Regno Unito.

Esso fornisce, in concreto, una regolamentazione organica relativa allo scambio di tangenti tra imprese e pubblici ufficiali, a livello nazionale ed internazionale,

introducendo anche la fattispecie di reato di corruzione di un pubblico ufficiale straniero.

Nello specifico, il BA disciplina le seguenti 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).

In proposito, si segnala che la Section 14 del BA prevede un'ipotesi autonoma di responsabilità degli enti nel caso in cui venga accertato che i reati di corruzione previsti alle Section 1 (corruzione attiva), Section 2 (corruzione passiva) e Section 6 (corruzione di pubblico ufficiale straniero) siano commessi con il consenso o connivenza di un “senior officer” della società o altro soggetto che rivesta di fatto tale ruolo. In questo caso, sia la società che il senior officer (o altro soggetto che agisca ricoprendo di fatto tale ruolo) sono responsabili penalmente e soggetti alle sanzioni previste dal BA.

In particolare, con riguardo alla responsabilità penale dell'impresa, si tratta di un'ipotesi di “strict liability” formulata attraverso il reato della “mancata prevenzione della corruzione” (c.d. “failure of commercial organizations to prevent bribery”).

3. In conformità a quanto stabilito dal D. Lgs. 231/2001 (di seguito il “Decreto 231”) nell’ambito dell’ordinamento giuridico italiano, la responsabilità (penale) dell’ente sussiste solo nel caso di commissione di un reato di corruzione da parte di una persona che abbia con l’ente una relazione qualificata, preesistente alla commissione del reato.

In altri termini, la società è chiamata a rispondere delle condotte poste in essere dalle c.d. “associated persons”¹ ovvero da coloro i quali, svolgendo attività di servizi per loro conto, commettono il reato di corruzione al fine di ottenere o mantenere affari o vantaggi in favore della società.

Qualora invece tra l’impresa e il soggetto che agisca per proprio conto intercorra un rapporto di lavoro subordinato, vige la presunzione, fino a prova contraria, che tale soggetto svolga attività di servizi per la medesima società (Section 8 del BA).

Ciò significa, dunque, che ai fini della configurabilità della responsabilità dell’ente non è necessario che tra la società e l’ “associated person” intercorra un rapporto contrattuale, né che l’impresa sia in grado di esercitare un certo grado di controllo su di essa quanto, piuttosto, la valutazione in concreto di tutte le relative specifiche circostanze e non solo della natura del

¹ A tale riguardo, in particolare la Section 8 prevede che (1) “[...] a person («A») is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C”; (2) “The capacity in which A performs services for or on behalf of C does not matter”; (3) Whether or not A is a person who performs services for or on behalf of C is to be determined by reference to all relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C”; (4) “But if A is an employee of C it is to be presumed unless the contrary is shown that A is a person who performs services for or on behalf of C”.

rapporto intercorrente tra la società e l’ “associated person”. Non rileva, pertanto, a tale scopo la veste o la qualità nella quale tale servizio è svolto (l’ “associated person” dunque potrebbe essere, a titolo esemplificativo, un dipendente, un collaboratore o un agente della società). Nessun rilievo viene cioè attribuito al distinguo, presente nell’ordinamento giuridico italiano, tra soggetto in posizione apicale e non. All’interno di tale nozione vi rientrerebbero, inoltre, anche le joint venture nonché le società controllate e i relativi singoli azionisti, indipendentemente dalla loro partecipazione azionaria.

Conseguentemente, restano escluse dal campo di applicazione della suddetta disciplina unicamente le condotte poste in essere dall’ “associated person” nell’esclusivo interesse proprio o di terzi, risultando comunque compatibile, anche in questa ipotesi, il concorso dell’interesse proprio con quello dell’ente.

Non è invece richiesto l’effettivo conseguimento da parte dell’ente di un vantaggio a seguito, appunto, di una delle condotte corruttive descritte dalla normativa ivi indicata.

4. In relazione al reato di corruzione verso soggetti privati o pubblici, sia essa attiva o passiva, ciò che rileva è anzitutto il concetto di “improper performance”, introdotto ex novo, ed individuabile in un comportamento commissivo od omissivo che violi un’aspettativa di i) buona fede o ii) imparzialità o iii) una posizione di fiducia.

In proposito, si segnala che nel caso specifico di corruzione privata, ai fini della valutazione della sussistenza della condotta suindicata, è necessario un “objective test” rispetto all’aspettativa di una

“reasonable person in the UK”, e non è richiesto, inoltre, il requisito della coscienza del comportamento illecito da parte dei soggetti coinvolti.

Nel caso invece della corruzione di un pubblico ufficiale, è sufficiente, in linea con le aspettative del OECD, che per il soggetto attivo sussista la mera volontà di influenzare il pubblico ufficiale straniero nello svolgimento delle relative funzioni, al fine di ottenere un vantaggio. In quest’ultima ipotesi, è necessario altresì che la legge del Paese, cui il pubblico ufficiale appartiene, vieti espressamente che lo stesso sia influenzato da offerte, promesse o regalie.

Trattasi di concetti volutamente vaghi al fine di promuovere e rafforzare maggiormente la cultura della “tolleranza zero” verso la corruzione, demandando la definizione dei relativi contorni all’azione dell’autorità giudiziaria competente. La stessa definizione di pubblico ufficiale risulta, infatti, piuttosto ampia includendovi *“anyone who holds a legislative, administrative or judicial position of any kind, exercises a public function or is an official of a public international organization”*.

5. Il reato di mancata prevenzione della corruzione riguarda il c.d. reato di “failure of commercial organisations to prevent bribery” previsto alle Section 7, 8, 9 del BA, il quale si aggiunge a quelli previsti alle Section 1-6.

Esso rappresenta, in concreto, una nuova fattispecie di responsabilità delle società per fatti corruttivi commessi a loro vantaggio o nel loro interesse, nel caso in cui le stesse non si siano dotate di modelli organizzativi e procedure interne volte a prevenire tali atti.

In altri termini, l’ente risponde per le azioni di soggetti ad esso “associati” o che svolgano le proprie attività in nome e nell’interesse della società stessa (dipendenti, agenti, consorzi, etc.) nel caso in cui quest’ultimi, nell’esercizio della propria attività, commettano il reato di corruzione al fine di ottenere o mantenere affari o vantaggi in favore dell’ente medesimo.

Analogamente a quanto previsto nel Decreto 231, tale responsabilità non rappresenta un’ipotesi generale di responsabilità penale degli enti derivante dalla commissione di un reato nel loro interesse o a loro vantaggio; piuttosto, si tratta di una forma speciale di responsabilità, applicabile soltanto qualora venga commesso uno dei reati di corruzione previsti dalle Section 1-6 del BA. In tutti gli altri casi, infatti, troveranno applicazione le regole generali in materia di responsabilità penale degli enti previste dalla common law e dalla statute law.

6. Sotto il profilo soggettivo, le suddette disposizioni si applicano alle c.d. “commercial organizations” definite come segue dalla sottosezione della Section 7: *“(a) a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), (b) any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, (c) a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), or (d) any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, and, for the purposes of this section, a trade or profession is a business.”*

Restano esclusi, pertanto, tutti quegli enti che non sono caratterizzati dallo svolgimento di un'attività qualificabile come "business" ovvero gli enti non aventi una finalità lucrativa e gli enti pubblici.

Infine, uno degli aspetti più significativi del Bribery Act è l'extra-territorialità delle relative previsioni. Esso si applica, dunque, oltre che alle società inglesi operanti nel Regno Unito, anche alle società inglesi (costituite in UK) e operanti fuori dal Regno Unito nonché alle società non inglesi (cioè non costituite in UK) che svolgono però la propria attività, in tutto o in parte, nel Regno Unito, indipendentemente dal luogo in cui la società è stata costituita e dal luogo in cui è stato commesso il fatto.

Ciò costituisce un rilievo importante soprattutto per le società italiane, per le quali è ipotizzabile l'applicazione delle previsioni contenute nel Bribery Act, con conseguente sottoposizione ad indagini da parte degli organi di polizia giudiziaria per conto delle agenzie investigative britanniche, sia nel caso in cui esse abbiano una presenza nel Regno Unito, ad esempio, attraverso una propria società controllata, sia anche nell'ipotesi in cui esse ivi svolgano unicamente la propria attività, attraverso agenti, distributori e associazioni temporanee di imprese. Lo stesso accade naturalmente anche con riguardo alle società aventi sede in Italia e facenti parte di gruppi costituiti nel Regno Unito.

In tali fattispecie, non è cioè remota l'ipotesi in cui un procedimento di indagine, avviato ad opera delle agenzie investigative britanniche, sfoci in un'informazione di garanzia ex art. 57 del Decreto 231. La società si troverà pertanto, in tal caso, 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.

Quanto al regime sanzionatorio, la Section 11, del BA 2010 prevede l'imposizione di sanzioni pecuniarie - non ancora definite - a carico della società in caso di condanna, nonché sanzioni pecuniarie e/o la pena della reclusione fino a 10 anni per la persona fisica autore del reato. Non sono invece previste sanzioni interdittive, sanzioni accessorie o sanzioni di altra natura.

Infine, con riferimento alla giurisdizione, in virtù del c.d. principio di universalità, si prevede che il reato sia stato commesso nel territorio del Regno Unito anche quando gli atti o le omissioni che ne costituiscono parte sono stati commessi altrove (Section 12).

Per quanto concerne il perseguimento del reato, vige la regola della discrezionalità, tale per cui il reato è perseguibile solo con il consenso delle persone espressamente indicate nella Section 10 del BA quali, a titolo esemplificativo, il Director of Public Prosecutions o il Director of the Serious Fraud Office, per quanto concerne Inghilterra e Galles.

7. Analogamente a quanto previsto nel Decreto 231, viene attribuita efficacia esimente ai modelli e/o procedure di organizzazione (di seguito i "Modelli") - definiti nel BA "adequate procedures" - che l'ente può adottare al fine della prevenzione dei suddetti reati².

La società quindi non sarà ritenuta responsabile³ per i reati commessi soltanto nel caso in cui essa riesca a dimostrare di aver adottato, prima della commissione

² Si veda in proposito la Section 9 del BA.

³ Si veda la Section 7.2 del BA

del reato, “adequate procedures” finalizzate a prevenire la commissione di tali condotte da parte dei soggetti ad essa associati.

La disposizione in esame lascia ancora una volta volutamente ampio spazio alla discrezionalità, limitandosi a stabilire unicamente tre principi:

- deve trattarsi di procedure adottate prima della commissione del reato da parte della “associated person”;
- deve trattarsi di procedure non generiche ma finalizzate a prevenire la commissione della condotta che costituisce il reato commesso;
- deve trattarsi di procedure adeguate, alludendo così ad un giudizio di proporzionalità tra la condotta che si intende prevenire e i mezzi necessari a tal fine.

L'adozione di tali procedure non è obbligatoria ma rappresenta un onere, costituendo condizione necessaria - ma non sufficiente - per invocare l'applicazione dell'esenzione.

8. Il Bribery Act non prevede un contenuto minimo obbligatorio di tali procedure, né contiene alcuna indicazione in merito alla loro struttura o alla loro concreta implementazione. Tuttavia, conformemente a quanto previsto dalla Section 9 del BA, sono state recentemente pubblicate delle Linee Guida le quali illustrano chiaramente alcuni principi di cui le società devono tenere conto ai fini della prevenzione dei reati di corruzione, in particolare:

I. valutazione del rischio: conoscere e monitorare il rischio di commissione di fatti corruttivi nel settore e mercato di appartenenza;

II. impegno dell'alta direzione a stabilire la cultura della lotta alla corruzione all'interno dell'azienda indipendentemente dalle relative dimensioni;

III. attività di Due Diligence: conoscere i propri partner commerciali e concludere accordi reciproci per la lotta alla corruzione, conducendo le relazioni commerciali in maniera trasparente ed etica;

IV. politiche e procedure chiare ed accessibili: applicare uniformemente le procedure aziendali attraverso controlli effettivi sulle stesse, presidiando le aree a rischio per la commissione del reato di corruzione soprattutto per ciò che riguarda le donazioni politiche e i contributi, regalie, spese promozionali, rispondendo negativamente alle richieste di “facilitating payments” e reagendo attivamente in caso di sospetti di episodi di corruzione;

V. effettiva implementazione: integrazione, in concreto, dei sistemi di controllo interni, delle politiche di selezione del personale e di remunerazione, delle comunicazioni esterne e interne e della formazione del personale;

VI. monitoraggio e revisione: applicare controlli attraverso attività di audit e verifiche, eventualmente anche esterne, con procedure trasparenti, valutando la regolarità con cui procedere alla revisione delle procedure e policy interne.

9. La legge britannica è molto chiara nello stabilire che chiunque eserciti “business” nel Regno Unito, a prescindere dalla sede dell'impresa, dovrà adeguarsi al Bribery Act. Le società italiane che hanno agenti, rappresentanti, sedi secondarie, società controllate o che semplicemente conducano un'attività commerciale

di vendita o prestazione di servizi nel Regno Unito, se vorranno essere in regola dal punto di vista dei possibili reati di corruzione pubblica e privata dovranno quindi dotarsi di adeguate procedure, che potranno essere mutate in parte dal proprio Modello 231.

* * * * *

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate.

* * * * *

A cura del Centro Studi del Dipartimento italiano di Corporate, Milano

Alessandro De Nicola – adenicola@orrick.com

Claudia Gargano – cgargano@orrick.com

www.orrick.com