



I QUADERNI DEL GRUPPO ASLA DI **DIRITTO PENALE D'IMPRESA**

PROFILI PENALI NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE NEL CONTESTO EUROPEO

Atti del Convegno del 26 ottobre 2021

A cura del Gruppo di Lavoro ASLA di Diritto Penale d'Impresa e
dell'Osservatorio dei penalisti degli Studi Multipractice.

I QUADERNI DEL GRUPPO ASLA DI **DIRITTO PENALE D'IMPRESA**

A CURA DI PIERO MAGRI
CON TESTI DI JEAN-PAULE CASTAGNO, ANDREA CHIUSANI, PAOLA
DE PASCALIS, EUGENIO FUSCO, GIUSEPPE GIACOMINI, PIERO MAGRI,
FRANCESCO SBISÀ, GIORGIO TOTIS E MATTEO VIZZARDI.

PROFILI PENALI NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE NEL CONTESTO EUROPEO

Atti del Convegno del 26 ottobre 2021
A cura del Gruppo di Lavoro ASLA di Diritto Penale d'Impresa e
dell'Osservatorio dei penalisti degli Studi Multipractice.



Indice

INTRODUZIONE	7
di Piero Magri, Jean-Paule Castagno e Paola De Pascalis	
CAPITOLO 1	9
Operazioni straordinarie e ruolo della nuova Procura Europea (EPPO) e dei reati federali	
di Giuseppe M. Giacomini	
CAPITOLO 2	13
Il contributo del penalista negli studi multipractice: dalla prevenzione del rischio alla gestione delle sue conseguenze e oltre	
di Paola De Pascalis	
CAPITOLO 3	17
Operazioni straordinarie e due diligence sui profili penali	
- Introduzione di Jean-Paule Castagno	
CAPITOLO 4	21
Operazioni straordinarie tra due diligence e internal investigations	
- Introduzione di Matteo Vizzardi	21
- Intervento di Eugenio Fusco	23
CAPITOLO 5	27
Operazioni straordinarie e reati fallimentari e societari: il ruolo del consulente tecnico	
- Introduzione di Piero Magri	27
- Intervento di Andrea Chiusani	29
CAPITOLO 6	33
Profili penali nelle operazioni straordinarie nel contesto europeo.	
- Conclusioni di Francesco Sbisà	
APPENDICE 01	39
M&A operation - Anti-Bribery due diligence di Giorgio Totis	

INTRODUZIONE di Piero Magri, Jean-Paule Castagno e Paola De Pascalis

Questo *e-book* intende raccogliere gli interventi dell'evento *Profili penali nelle operazioni straordinarie nel contesto europeo*, che è stato organizzato il 26 ottobre 2021, nella prestigiosa cornice del Salonetto dello Studio Legale **Pavia e Ansaldo** a Milano.

Si è trattato dell'evento di esordio dell'Osservatorio dei penalisti degli studi multipractice, costituito formalmente nell'estate 2021 dai soci penalisti degli Studi Legali BonelliErede, Dentons, DLA Piper, LCA, Orrick, Pavia e Ansaldo e RP Legal & Tax, a valle di un articolato percorso di stimolante confronto e progettazione iniziata ben prima della pandemia.

Cogliendo l'ormai consolidato trend che, nell'ultimo decennio, ha visto non solo progressivamente aumentare il numero di avvocati penalisti negli studi legali multidisciplinari ma anche una significativa evoluzione della loro figura professionale e del loro ruolo, l'Osservatorio vuole rappresentare un luogo di confronto e approfondimento di tutte le tematiche relative ai dipartimenti di diritto penale delle law firm multipractice, con l'obiettivo di promuoverne la valorizzazione nel mercato legale

La figura dell'avvocato penalista che, nell'ambito del suo dipartimento, interagisce quotidianamente con i colleghi di studio, professionisti delle diverse aree del diritto è sempre più diffusamente riconosciuta sul mercato quale riferimento di indiscussa competenza ed efficacia. Ciò in ragione della capacità di fornire pronta e veloce assistenza penalistica nelle aree della consulenza e della compliance sia a livello nazionale che crossborder ma, soprattutto, per la validità e la poliedrica esperienza che può offrire nell'assistenza penalistica in ambito giudiziario, anche con specifico riferimento ai procedimenti che richiedono competenze trasversali.

L'Associazione si è quindi fatta promotrice di questo interessante evento che ha visto la partecipazione - in presenza e on line - non solo di avvocati penalisti, ma anche di numerosi colleghi di studi multiservice, commercialisti e un Procuratore della Repubblica.

Nell'analizzare rischi e profili di rilevanza penale di alcune operazioni societarie straordinarie, i diversi interventi hanno messo in luce alcune delle principali peculiarità del lavoro del penalista a supporto dei professionisti che gestiscono tali operazioni, in particolare nelle due diligence societarie o nelle

internal investigations che si rendano necessarie quando emergono profili di rilevanza penale.

La prospettiva dell'esposizione degli argomenti è stata però quella della dialettica tra accusa e difesa nonché quella del consulente tecnico, quasi a voler ripercorrere la dinamica del processo penale, comunque abitualmente frequentato anche dai penalisti di questi studi.

Agli organizzatori dell'evento è sembrato naturale coinvolgere l'Associazione degli Studi Legali Associati (ASLA) - alla quale, peraltro, gli studi dei soci fondatori dell'Osservatorio appartengono - e, in particolare, la relativa Commissione "Diritto penale d'Impresa e transnazionale", presieduta dall'Avv. Giuseppe Giacomini, che ha aderito con entusiasmo all'iniziativa.

Da qui il primo intervento del convegno che ha focalizzato il ruolo della nuova Procura Europea, attiva anche per colpire operazioni straordinarie penalmente rilevanti qualora vi sia una lesione di un interesse economico europeo.

Dopo il contributo dell'Avv. De Pascalis, è seguito l'intervento del Dott. Giorgio Totis, group Compliance del gruppo Prysmian, preceduto da una introduzione dell'Avv. Jean Paule Castagno sui temi della *due diligence* e della rilevanza del lavoro del penalista nell'ambito della *compliance*. Successivamente è intervenuto il Dott. Eugenio Fusco, Procuratore Aggiunto presso la Procura di Milano sui temi delle internal investigations e della responsabilità degli enti ex D. Lgs. 231/01 preceduto da una introduzione dell'Avv. Matteo Vizzardi, e, per finire l'intervento del Dott. Andrea Chiusani, consulente presso New Deal Advisors, preceduto dall'introduzione dell'Avv. Piero Magri sui temi dei reati fallimentari e societari e il ruolo del consulente tecnico. Chiude l'intervento, in chiave di sintesi conclusiva, dell'Avv. Francesco Sbisà.

Ringraziamo quindi particolarmente ASLA, per l'importante contributo all'organizzazione del convegno e alla pubblicazione di questo e - book che ne rappresenta la sintesi.

Milano, febbraio 2022

CAPITOLO 1 di Giuseppe M. Giacomini

Operazioni straordinarie e ruolo della nuova Procura europea (EPPO) e dei "reati federali"

Nel contestualizzare il tema relativo ai "Profili penali delle operazioni straordinarie nel quadro europeo" è utile premettere e sottolineare che molta strada è stata fatta in materia di cooperazione giudiziaria penale tra i Paesi membri dell'UE, la cui base giuridica è fondata sugli artt. da 82 a 86 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE).

L'ultimo, fondamentale, passo è oggi rappresentato dalla Procura europea, nata col Reg. UE 1939/2017 (che la definisce all'art.3 "*organo dell'Unione*" dotato di "*personalità giuridica*") dopo un lungo, complesso e non facile percorso.

L'EPPO può ritenersi la prima Istituzione costituita *ex novo* a partire dai Trattati fondativi che, come noto, all'origine prevedono il Parlamento, il Consiglio europeo e il Consiglio, la Commissione, la Corte di giustizia, la BCE e la Corte dei conti.

Ma ciò che più la caratterizza, oltre alla novità, è il fatto che essa entra in modo diretto nella sfera penale nazionale, terreno strenuamente difeso dagli Stati membri quale estrema frontiera della sovranità domestica. Spazio ancor più protetto di quanto non sia accaduto per le monete dei singoli Stati, già superate con la firma del Trattato di Maastricht nel febbraio 1992, che tracciava il percorso verso l'Euro, completato nel 2001 e adottato da 19 Stati membri.

Neppure la Corte di giustizia, fino a ieri unica Istituzione giudiziaria europea, ha funzioni così direttamente penetranti negli ordinamenti nazionali sui quali interviene in modo straordinariamente efficace ma pur sempre indiretto. La Corte UE infatti interpreta il diritto euro-unitario e ne garantisce l'uniformità, su richiesta pregiudiziale dei giudici nazionali secondo l'art. 267 TFUE e la giurisprudenza della Corte UE a partire dal caso *Cilfit* (C-283/81), imponendo (indirettamente) la disapplicazione delle norme interne configgenti o una loro interpretazione conforme (ove possibile).

La Procura Europea, al contrario, è titolare dell'azione penale promossa e direttamente esercitata nel territorio dei 22 Stati aderenti per il limitato ma strategico "*set*" di reati previsti dalla Direttiva UE 1371/2017. Sia pure attraverso i Procuratori europei delegati (PED), indicati su base nazionale, ma da lei esclusivamente "dipendenti", che negli atti di indagine in ambito EPPO

si atterrano alle regole processuali dell'ordinamento locale. E dunque, per il momento, non viene europeizzata la procedura penale (anche se si intravedono segnali di future “*armonizzazioni*”, v. art.30 sulle misure investigative e art.41 sulle 5 Direttive in materia procedurale a oggi adottate sulla base dell'art. 82.2 TFUE), né la competenza EPPO è estesa (per ora) a ulteriori gravi reati transnazionali, i c.d. eurocrimini (v. artt. 83 e 86 comma 4 TFUE) non ricompresi nella Direttiva del 2017.

La sua funzione è attualmente quella di promuovere l'azione penale e indagare sui reati di cui alla Direttiva del 2017 che possono in generale definirsi come quelli aventi caratteristiche transnazionali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. La Procura Europea, lo si ripete, è una Istituzione strutturalmente indipendente dai singoli Stati aderenti ed esercita l'azione penale sul loro territorio e davanti alla loro giurisdizione secondo le modalità e i criteri di competenza che il Regolamento prevede.

L'istituzione della Procura Europea avviene nel 2017, dopo anni di negoziato conclusi grazie all'adozione del metodo della “*cooperazione rafforzata*”.

Tale metodo legislativo, previsto in via generale dall'art. 20 TUE e artt. 326/334 TFUE, permette ad almeno nove Stati membri di instaurare tra loro una cooperazione in un determinato ambito interno alla struttura dell'Unione, senza il necessario coinvolgimento degli Stati che non intendano aderirvi.

In questa premessa, l'EPPO vede oggi la partecipazione di 22 dei 27 Stati dell'Unione tra i quali (oltre all'Italia) Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia e Spagna. Resta naturalmente prevista la possibilità di estendere la cooperazione a ulteriori adesioni che potranno intervenire strada facendo senza che vengano (ri)messi in discussione i presupposti (l'*acquis*) che regolano questa Istituzione.

La Procura Europea esercita i propri poteri nel perseguire le frodi, e qualsiasi altro reato “*indissolubilmente connesso*”(v. art.22.3 del Reg.),tema tecnico assai delicato unitamente a quello di reato “*strumentale*” e “*accessorio*” (v. considerando 56 e art. 25.3 lett. a) del Reg.), in danno degli interessi finanziari dell'Unione facendo fronte al loro carattere transfrontaliero rispetto al quale le Procure nazionali non hanno poteri di intervento tempestivo e di indagine proporzionati alla dimensione criminale che ne è all'origine.

Le condotte criminose rilevanti su cui tali poteri si esercitano, come detto, sono delineate nella Direttiva UE1371/2017 del Parlamento Europeo e del Consiglio che definisce innanzitutto in modo uniforme il contenuto della nozione di “*frode e lesione degli interessi finanziari dell'UE*”. Basti qui ricordare che sono considerate frodi e reati rilevanti ai sensi della Direttiva (v. artt. 3 e 4):

- le condotte fraudolente ai danni del bilancio dell'Unione, comprese le operazioni finanziarie quali l'assunzione e l'erogazione di prestiti (oltre ai reati indissolubilmente connessi).

- I reati gravi contro il sistema comune dell’IVA, (es. frodi carosello, frodi commesse nell’ambito di operazioni criminali etc.), compiuti in due o più Stati membri e il cui danno complessivo sia almeno pari a 10 milioni di Euro (oltre ai reati indissolubilmente connessi).
- Le condotte di appropriazione indebita di “*funzionari pubblici*”, dell’Unione e nazionali (come definiti dall’art.4.4) nonché di corruzione attiva e passiva “*se intenzionali*”.
- Le condotte di riciclaggio di denaro riguardante beni provenienti dai reati di cui alla Direttiva.
- L’art.5 dispone in materia di punibilità dell’istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo.
- L’art.6 in materia di responsabilità delle persone giuridiche.
- L’EPPO, inoltre, secondo l’art.22.2 del Regolamento, è competente anche “*per i reati relativi alla partecipazione a un’organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841 GAI, quale attuata dal diritto nazionale, se l’attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui al par. 1*” (quelli di cui alla Direttiva UE 1371/2017).
- Sono comunque esclusi i reati in materia di imposte dirette nazionali, anche se “*indissolubilmente connessi*” (e se “*strumentali*”?)

L’EPPO ha sede in Lussemburgo ed è strutturato su due livelli. Il primo, centralizzato, definibile come livello strategico di decisione e coordinamento, è composto dal Procuratore Capo (v. art.11) e dal Collegio di Procuratori europei (uno per Stato aderente, v. artt. 9 e 12) deputati a definire e gestire gli obiettivi dell’organo nonché, sempre a livello centralizzato, da Camere permanenti (3 membri, v. art.10) con funzione di monitoraggio, indirizzo e supervisione delle singole indagini in atto. Il secondo livello, decentrato, di carattere operativo, è composto dai Procuratori europei delegati (v. art.13) nei singoli Stati (per l’Italia sono 20 ripartiti su 9 sedi) al compimento delle indagini e quindi all’esercizio “sul campo” dell’azione penale. I Procuratori europei delegati sono pertanto tratti dalle Magistrature nazionali e agiscono nei singoli Stati di appartenenza collaborando con le autorità degli stessi ma essendone del tutto indipendenti.

L’EPPO presieduto dal Magistrato romeno Laura Codruța Kövesi (il Procuratore italiano Danilo Ceccarelli, nominato nel Collegio, è stato eletto Vice Procuratore Capo), completato il complesso lavoro di strutturazione, ha avviato la piena operatività dallo scorso 1° giugno 2021 conformemente a specifica decisione della Commissione UE.

Il tema è pertanto di stringente attualità. Basti pensare al fatto che le frodi, purtroppo prevedibili, nella ricezione ed uso dei fondi europei connessi al c.d. Recovery, rientreranno per definizione nelle competenze dell’EPPO.

Da ultimo, ricollegandomi al tema specifico di questo Convegno, voglio ricordare che i profili dell’abuso del diritto e dell’elusione fiscale non sono

estranei alle patologie di rilevanza penale delle operazioni straordinarie e che, pur essendo esclusa la competenza dell'EPPO in materia di fiscalità diretta, vi rientra a pieno titolo quella della fiscalità indiretta e, in particolare, dell'IVA.

È dunque possibile che anche in questo ambito, ove ne sussistano i presupposti, il “faro” dell'EPPO si accenda e che la Corte di Giustizia sia utilmente investita di rilevanti questioni pregiudiziali interpretative provenienti da Giudici penali nazionali.

Ricordo che la Corte del Lussemburgo si è pronunciato negli anni passati sui regimi fiscali di fusioni, scissioni, conferimenti di attivo e scambi di azioni (C-321/05, sent. 5/7/07, Danimarca), sull'armonizzazione IVA e i casi di elusione o frode (C-255/02, sent.21/2/06, Halifax), nonché in materia di *ne bis in idem* per le ipotesi di riciclaggio (C-790/19, sent.2/9/21, Romania) e che molti temi interpretativi sono destinati ad aprirsi nel prossimo futuro a partire dalle giurisdizioni penali nazionali.

CAPITOLO 2 di Paola De Pascalis

Il contributo del penalista negli studi multipractice: dalla prevenzione del rischio alla gestione delle sue conseguenze e oltre

È ormai opinione condivisa che il “rischio penale” (per l’ente e per i suoi apicali) possa essere incluso a pieno titolo tra i diversi rischi di impresa che, come tali, devono essere previsti, gestiti e governati. Non si tratta, peraltro, del solo rischio di subire effettivamente un provvedimento giudiziario negativo, provvisorio o definitivo, ma del fatto stesso del coinvolgimento in un procedimento penale, anche solo per le fasi preliminari, anche solo – in certi casi – per il riflesso indiretto esercitato dalla distinta vicenda processuale coinvolgente una controparte contrattuale o un soggetto comunque, a diverso titolo, interagente con la stessa impresa. Le conseguenze reputazionali e, comunque, l’esigenza di rispettare precisi standard etico – morali (ormai individuati quali requisiti espliciti o impliciti di accesso a opportunità di *business* o di finanziamento ad es.) sono aspetti tenuti in debita considerazione, tanto quanto l’impatto patrimoniale o sanzionatorio (per gli enti e per le persone fisiche).

Considerate le diverse dinamiche dell’impresa, i principali processi e le possibili attività, tale rischio si può concretizzare rispetto a molteplici fattispecie, sia di previsione codicistica, sia individuate, da leggi speciali, quali estremo presidio di diversi settori regolamentati. In quest’ultimo caso, a questi ultimi, soprattutto, la norma penale è fortemente dipendente dai contenuti delle previsioni che mira a tutelare; la valutazione del rischio poggia quasi più sul merito di queste, richiedendo quindi, anche per il penalista, una apertura, un approccio e un supporto multidisciplinare. Nello stesso senso spinge, peraltro, la sempre maggiore complessità e articolazione delle attività e operazioni societarie, che necessitano un inquadramento da diversi punti di vista e sotto la lente di diverse discipline giuridiche.

Altrettanto, le caratteristiche peculiari e l’intensità del rischio si declinano variamente e assumono gradazioni diverse a seconda che si valutino fattispecie a struttura schiettamente dolosa piuttosto che fatti e circostanze di natura colposa o – sulla base della esperienza – sia opportuno ipotizzare ricostruzioni dell’elemento soggettivo in forme intermedie – e quindi incerte nei confini – o, addirittura, in quelle “occulte” “da posizione”: ciò è tanto più vero con riferimento

ai rapporti, con controparti terze e a quei principi contrapposti di “affidamento” e di “controllo” che influiscono sui profili soggettivi.

È proprio sulla valutazione di questi ultimi che la sensibilità, il “taglio” dell’analisi e la peculiare prospettiva del penalista costituiscono un valore aggiunto per i colleghi di altre discipline.

La tendenza, inoltre, è quella di una sempre maggiore responsabilizzazione dell’impresa in sé, anche sul piano penale, come testimonia l’estensione progressiva ed incalzante del catalogo di reati di cui al D. Lgs. 231/01 (senza che siano invece effettivamente potenziati gli strumenti premiali e le ipotesi esimenti, in caso di comportamento virtuoso, quantomeno *ex post*).

L’adeguatezza del Modello organizzativo in senso lato – inteso cioè nel complesso del sistema di controllo 231, comprensivo di protocolli, procedure e regolamenti – e la continua efficacia della sua attuazione sono ormai elementi primari dell’analisi del penalista; a questo è allora richiesto un approccio e una minima padronanza di sapere certo non solo penalistico, neppure solo giuridico, ma anche aziendalistico, intanto che la *compliance* sta sempre più assumendo una sua identità quale disciplina autonoma.

La casistica delle fattispecie che possono rendere fondamentale l’apporto e il contributo del penalista nell’ambito degli studi *multipractice* è quindi decisamente articolata: se ne può dare solo una visione di sintesi, esemplificativa e senza pretese di esaustività.

Questa specifica professionalità può certamente dare una risposta all’esigenza frequente di valutazione “preventiva” del rischio penale e, conseguentemente, di individuazione dei migliori strumenti di gestione dello stesso; ma il penalista resta comunque determinante per la possibilità di avviare e gestire eventuali contenziosi, autonomi o correlati a vicende giudiziarie di altra natura, di avvalersi degli istituti processuali laddove incidentalmente utili e, sempre più frequentemente, di governare uno strumento – tanto strategico nella gestione del rischio quanto delicato e complesso – quali le *c.d. internal investigations*.

All’interno di uno studio *multipractice*, la presenza di professionisti competenti in materia penale rende facile e immediato il ricorso alla valutazione “preventiva” – circa la sussistenza di profili di rilevanza penale – di tante situazioni e fattispecie oggetto di lavoro per i colleghi non penalisti. Si tratta, in definitiva, della classica attività extragiudiziale di “pareristica”, rivisitata però nelle tempistiche, nel pragmatismo e, indubbiamente, arricchita dalla sinergia permanente con gli esperti di altre discipline (in molti ambiti, la consulenza occasionale tende a trasformarsi in un coinvolgimento continuativo del penalista in tutto il percorso di assistenza al cliente).

Sicuro terreno di elezione per l’intervento “preventivo” del penalista sono le attività di *due diligence*, preliminari all’effettivo perfezionamento di una operazione societaria, straordinaria, relativa al mercato azionario, a volte anche solo commerciale. In particolare gli aspetti 231 rivestono ormai, a tutti gli effetti, una delle sezioni dei *report* di *due diligence*: sia con riferimento alla valutazione dell’adeguatezza Modello organizzativo e del sistema di controllo a esso connesso

- valutazione che ha a oggetto non il rischio in sé ma in un fattore di aumento dello stesso (per la eventuale mancanza di possibilità di avvalersi dell'esimente) – sia con riferimento ad eventuali situazioni – di solito, non a caso, esposte in altre sezioni del *report* – che presentino profili di rilevanza penale o con riferimento all'esistenza di procedimenti penali già avviati.

Ovviamente, le conseguenze di eventuali criticità dovranno essere adeguatamente ponderate, sia per i riflessi diretti sull'ente in termini sanzionatori e patrimoniali, sia per quelli reputazionali, sia per l'impatto indiretto derivante da problematiche sull'apicale “*key person*” del *business*.

Una volta espressa una valutazione sui possibili profili di rilevanza penale che potrebbero, con più o meno alto grado di probabilità, dare luogo a un procedimento e ad eventuali conseguenze, il tema diviene quello di individuare soluzioni e strumenti per neutralizzarne e limitarne il rischio. Anche qui, le situazioni che possono proporsi sono estremamente variegatae, dalle più semplici alle complesse: inevitabilmente, ogni tentativo di rappresentarle soffrirà di eccessiva semplificazione.

In primo luogo, si tratterà di individuare una discontinuità con le pregresse condotte penalmente rilevanti e di creare una cesura con il passato, mettendo in sicurezza l'ente e i suoi esponenti per il futuro: il che potrà significare, ad es., l'abbandono di un qualche regime o schema fiscale già perfezionato, anche avvalendosi – se possibile – degli strumenti di “resipiscenza” che l'ordinamento offre; oppure potrà tradursi, in materia di salute e sicurezza o ambientale, in un innalzamento della *compliance* alla normativa di settore, anche solo con interventi e innesti nelle soluzioni pratiche di gestione delle varie problematiche. Il “cambio di passo” rispetto a pratiche o condotte pregresse – e ritenute “critiche” – è l'aspetto più immediato e contempla anche il rafforzamento e la più efficace implementazione del sistema di controllo 231 incentrato sul Modello organizzativo (nonché, a volte, la riorganizzazione interna delle responsabilità, con la revisione del sistema di deleghe).

Estrema delicatezza presenta invece l'eventuale verifica – tramite investigazioni interne – della reale portata di fatti e circostanze e, soprattutto, la gestione della *notitia criminis* emersa, anche in ragione della mancanza di un sistema effettivamente premiale. Peraltro, è anche questo un terreno su cui “incrociano” diversi temi e profili giuridici – ad esempio relativi al diritto alla riservatezza e al diritto del lavoro – nonché di natura tecnica e tecnologica, rispetto ai quali il penalista stesso necessita di un supporto e di una condivisione con altri esperti per materia.

La valutazione del rischio può risultare altrettanto complessa laddove un contenzioso già sia instaurato e se ne debbano valutare – con giudizio prognostico – gli ipotetici sviluppi e conseguenze o addirittura rivedere le strategie (anche nel rispetto dei ruoli e dei diritti e nella sintesi di posizioni – non sempre facile – tra persona fisica e ente, tra società controllante e controllata).

Non è infrequente che dalle stesse operazioni societarie in senso lato (comprendendo anche ristrutturazioni del debito o altri strumenti di gestione della crisi), tempo dopo, possano scaturire a contenziosi di varia natura, anche penale. Ciò può dipendere da diverse ragioni – ad es. dalla mancata evidenziazione, nelle *due diligence*, di elementi di criticità (magari artatamente nascosti) o dalla impossibilità di invertire una situazione prefallimentare – così come l’impresa cliente può rivestire tanto la posizione di persona offesa dal reato quanto quella di responsabile (in sé o nelle persone degli apicali). È evidente che in tutte queste ipotesi e nelle diverse prospettive, il penalista torna al suo ruolo “storico” – e mai abbandonato – di difensore in giudizio, arricchendolo però delle competenze e della conoscenza del caso cui ha potuto attingere grazie alla partecipazione – condivisa con colleghi di altre discipline – all’operazione societaria nel suo complesso.

Il fatto che il presidio sanzionatorio penalistico sia ormai previsto da diverse normative speciali ha un riflesso anche processuale – un “doppio binario” di contenzioso – tanto che, in molto casi, il procedimento penale scaturisce segue a stretto giro azioni – in senso lato – di altre autorità giudiziarie di vigilanza e controllo (basti pensare ai reati tributari, ambientali, fallimentari, finanziari). Anche qui, è di tutta evidenza come la massima efficienza nella gestione della problematica debba contemplare uno stretto coordinamento e condivisione tra esperti e colleghi nell’affrontare i due fronti di contenzioso, sin dalle fasi preliminari o da prima dell’avvio (dell’uno e/o dell’altro.)

CAPITOLO 3

Operazioni straordinarie e due diligence sui profili penali

Introduzione di Jean-Paule Castagno

Dalla responsabilità degli enti, alla disciplina sul *whistleblowing*, alle modifiche in tema di antiriciclaggio, alla responsabilità per i reati tributari anche in capo alle società, passando alla riforma della crisi di impresa, questi ultimi anni continuano ad essere una stagione di cambiamento per il diritto penale e gli operatori economici: non solo una nefasta eventualità nel cammino dell'impresa ma sempre più spesso un rischio da preventivamente valutare e mitigare.

Prosegue, quindi, la metamorfosi del diritto penale, presente non solo nel momento della fase patologica (difesa dalla contestazione di un reato) ma ancora prima nella valutazione, prevenzione e gestione del rischio-penale nella quotidianità della vita imprenditoriale, diventando una sorta di lente di ingrandimento attraverso la quale tutti gli altri rischi vengono filtrati.

In tale mutato contesto, prima ancora di giungere a situazioni di *crisis management*, di gestione delle indagini interne e della difesa in giudizio, il diritto penale, nella sua accezione di rischio, entra nella vita aziendale: dalle operazioni di finanziamento, alla strutturazione di nuovi prodotti e servizi, alla pianificazione fiscale in ottica di *tax control framework*, alla pianificazione finanziaria in ottica di prevenzione di situazioni di crisi aziendale, alle procedure concorsuali, al supporto dell'organismo di vigilanza anche per la gestione dei casi di segnalazioni di illeciti, fino alle operazioni straordinarie.

E allora concentrandoci sul tema della valutazione del rischio penale nelle operazioni straordinarie, sta emergendo sempre più la consapevolezza che la valutazione positiva e profittevole, sotto il profilo tanto economico quanto reputazionale, di una operazione di M&A possa essere inficiata laddove, nonostante i cambiamenti societari *medio tempore* intercorsi, le condotte illecite poste in essere precedentemente al perfezionarsi dell'operazione, rischino anche a distanza di anni, di sfociare in un procedimento penale nei confronti della società *target*.

Ed è in questa consapevolezza che cruciale diventa la conduzione di una accurata e puntuale attività di *due diligence* che consenta di garantire una preventiva valutazione non solo delle condizioni economiche della società *target*, ma altresì dei rischi legali eventuali e potenziali correlati al perfezionamento dell'operazione societaria medesima: il che non vuol dire non procedere con l'operazione ma operare un *assessment* il più possibile aderente alla realtà e che,

in quanto tale, potrebbe anche avere un impatto sul prezzo dell'operazione, su eventuali costi da imputare al venditore per la conduzione dell'indagine interna e per la realizzazione delle azioni rimediale, sulle possibili garanzie contrattuali, fino a determinare lo schema giuridico da adottare.

La *due diligence* dovrebbe, quindi, essere protesa a mettere in luce:

1. il sistema dei controlli interni in essere al momento dell'operazione alla luce (i) del Modello di Organizzazione Gestione e Controllo; (ii) delle procedure, le linee guida e i protocolli adottati; (iii) delle attività dall'Organismo di Vigilanza; (iv) della attività di formazione.

E ciò al fine di comprendere, da un lato, la concreta valorizzazione della cultura aziendale come protesa alla mitigazione del rischio reato e, dall'altro lato, l'impatto (anche dal punto di vista economico) della successiva attività di integrazione della società acquisita all'interno del sistema di controlli interni della società acquirente, dovendo poi garantire una uniformità del sistema dei controlli interni e una condivisione di valori orientati ad una "tolleranza zero" rispetto a condotte illecite;

2. una sorta di eventuale "*biografia penal-processuale*" della società *target*; e ciò al fine di analizzare eventuali procedimenti penali conclusisi con un accertamento di responsabilità dell'ente (sia sotto forma di patteggiamento sia nella forma di sentenza di condanna), così comprendendo le attività di *remediation* o comunque di miglioramento in concreto poste in essere successivamente all'"incidente giudiziario", nonché di valutare eventuali procedimenti penali pendenti e i rischi ai medesimi correlati, potendo infatti le condotte delittuose incidere sulla società acquirente, sia in termini economico-patrimoniali sia in termini reputazionali.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, ovvero sia l'attività di mappatura dei procedimenti penali pendenti, la medesima potrebbe (anzi dovrebbe) essere prodromica e funzionale all'istaurazione di un proficuo dialogo con l'Autorità Giudiziaria, già nella fase di *due diligence* stessa, potendosi in questo dialogo identificare attività rimediale anticipate idonee a scongiurare il rischio di una azione penale, favorendo così un meccanismo teso a valorizzare tutte le attività di riorganizzazione virtuosa, a seguito delle quali emerga come l'ente risultante (dalla operazione e dalla successiva riorganizzazione) non condivida la identità criminale del proprio predecessore.

L'ente, non colpevole per l'illecito commesso e fautore di una riorganizzazione interna, attraverso la scelta di confrontarsi e collaborare con l'autorità, compirebbe un definitivo distacco rispetto al proprio predecessore.

Una riflessione quella sulla costruzione di un proficuo dialogo con l'Autorità nell'ambito e nel corso di operazioni societarie – teso a salvaguardare il valore aziendale – che prende spunto da quanto già avviene in altre realtà internazionali, *in primis* anglo-americane, che hanno creato sistemi di diversione processuale per le persone giuridiche quali i *deferred prosecution agreement* e *non*

prosecution agreement, ritenendoli principali strumenti nell'ambito del contrasto alla criminalità economica, anche in ragione della logica del “*too big to jail*”¹.

Volendone riassumerne i tratti essenziali, per DPA si intende l'accordo tra pubblica accusa ed ente indagato, soggetto a valutazione giudiziaria, per cui l'ente, al fine di evitare la celebrazione di un procedimento penale avviato nei suoi confronti, si impegna a intraprendere un percorso che veda il contemporaneo svolgimento di una serie di attività: l'accettazione dell'addebito mosso pur non equivalente ad una ammissione di colpevolezza; condotte di collaborazione con l'autorità inquirente nell'individuare l'autore materiale del reato, anche attraverso la volontaria rinuncia dei *privilege* così da permettere all'autorità di utilizzare le risultanze delle indagini interne svolte dalla società; implementazione di *compliance program*, preferibilmente sotto la supervisione di un commissario (*monitor*) esterno; pagamento di una sanzione pecuniaria, risarcimento del danno, messa a disposizione della confisca.

Rispetto al DPA, l'NPA si colloca in fase antecedente l'iscrizione della persona giuridica nel registro delle notizie di reato. Può, quindi, definirsi NPA l'accordo stipulato tra autorità inquirente e società indiziata privatamente, ossia in assenza di vaglio giudiziale ponendosi i medesimi prima ancora dell'apertura del procedimento penale.

In caso di positivo esito del DPA, che comporta una sospensione del procedimento, la vicenda si conclude con una sostanziale estinzione del reato; se viene positivamente svolto il NPA, il procedimento non viene mai formalmente avviato.

Pur sussistendo una certa correlazione tra i requisiti previsti dagli articoli 12 e 17 del D. Lgs. n. 231/2001 rispetto a quelli previsti nei sistemi di diversione processuale, la differenza è nelle conseguenze: mentre nel sistema italiano tali requisiti comportano una condanna ma con una pena ridotta, nei sistemi anglosassoni il processo non viene celebrato.

Questa differenza non è di poco rilievo soprattutto se si punta ad una (ri) legalizzazione dell'ente ed alla preservazione del valore aziendale: a prescindere dalla asprezza delle sanzioni, l'emissione di una sentenza di condanna (anche nella forma del patteggiamento) potrebbe condurre a una “messa al bando” dell'ente dal circuito economico lecito.

E allora è in questo scenario che occorrer ripensare anche al dialogo tra ente e Autorità Giudiziaria e sollecitare il Legislatore ad una riforma – essendo complessa una traslazione a livello giurisprudenziale degli istituti processuali previsti per l'accusato persona fisica, come dimostrano le altalene interpretative che hanno recentemente riguardato l'istituto della messa alla prova – che valorizzi il significato della *compliance*, prevedendo diverse soluzioni in relazioni a diverse situazioni, come ad esempio: *i*) esenzione di responsabilità (attraverso un provvedimento di archiviazione) per quelle imprese che abbiano implementato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo; *ii*) esenzione di responsabilità (attraverso una causa di non punibilità o di estinzione

¹ L'espressione è di Brandon L. Garret, *Too Big To Jail, How Prosecutors Compromise with Corporation*.

dell'illecito amministrativo derivante dal reato-presupposto), ma solo all'esito di un processo di rilegalizzazione dell'impresa come una sorta di "messa alla prova", per quelle imprese che abbiano implementato ed attuato un modello "effettivo", poi rivelatosi inidoneo; *iii*) possibilità di riduzione delle sanzioni pecuniarie e ablativo, a seguito dell'implementazione di un modello rimediante, per gli altri casi.

Su questi argomenti abbiamo interpellato il Dott. Giorgio Totis di Prysmian che ci ha sviluppato nel suo intervento i contenuti delle slide in Appendice.

CAPITOLO 4

Operazioni straordinarie tra due diligence e internal investigations

Introduzione di Matteo Vizzardi

Un fondo statunitense ha commissionato un'attività di *due diligence* nei confronti di una società italiana, che dovrebbe essere acquisita, e nell'ambito di tale attività emerge che la società italiana (c.d. *target*) è seriamente esposta ad essere iscritta nel registro degli indagati ai sensi del D.lgs. 231/2001, per fatti pregressi e riconducibili a condotte di dirigenti che non sono più in azienda.

La domanda, immancabile, che arriva dal nostro fondo statunitense è la seguente: è possibile negoziare con il Pubblico Ministero un *non prosecution agreement*, impegnandosi a fare chiarezza sull'accaduto con una *internal investigation* indipendente e rivedendo complessivamente, d'intesa con il medesimo Pubblico Ministero, il modello di *compliance* della società che dovrebbe essere acquisita?

Sullo sfondo di questo quesito c'è, ovviamente, la comprensibile preoccupazione che sia proprio il fondo acquirente, incolpevole di eventuali illeciti commessi in epoca antecedente all'acquisizione, a dover affrontare un procedimento penale a carico della società *target*, che si aprirebbe proprio nel momento in cui vi è stato un mutamento nell'azionariato di riferimento. E la preoccupazione non è tanto, o soltanto, di natura economica, quanto principalmente reputazionale, soprattutto in un mercato, come noto, sempre più attento al profilo etico degli investimenti che ciascun operatore economico sceglie di affrontare.

La risposta a questa domanda è però purtroppo, nel nostro ordinamento, a tratti sconcertante, perché a vent'anni di distanza dall'introduzione nel nostro ordinamento del D.lgs. 231/2001, e dunque di una disciplina organica della "responsabilità da reato dell'ente", ancora non è stato previsto uno strumento giuridico che consenta, all'ente virtuoso – e cioè all'ente che accerta internamente i fatti, li denuncia alle Autorità, coopera con gli Inquirenti, si adopera effettivamente per mettere in atto un piano condiviso con la Procura di revisione del Modello organizzativo e di risarcimento – di beneficiare di una effettiva causa di non punibilità.

D'altra parte, se è pur vero che il D.lgs. 231/2001 prevede meccanismi premiali (e in particolare la possibilità di evitare l'applicazione di sanzioni interdittive) nel caso in cui l'ente imputato adotti misure rimediali dopo la com-

missione del reato presupposto, è altrettanto evidente che tali misure intervengono pur sempre in un sistema nel quale, per come configurato, l'ente riveste – magari per anni – lo status di imputato, e alla fine viene anche condannato all'esito di un processo penale, sia pure ad un pena meno severa.

Tutta la problematicità di un sistema così come concepito oggi, e immutato da vent'anni a questa parte, emerge in maniera evidente proprio quando nella gestione della società subentra un nuovo soggetto giuridico incolpevole, in quanto paradossalmente è proprio quest'ultimo a pagare le ricadute reputazionali del processo a carico della “vecchia” società/gestione; ma anche nei casi in cui il soggetto giuridico subentrante decida di condurre una seria *internal investigation*, anche al fine di denunciare eventuali fatti di reato alla Procura della Repubblica.

In particolare, è nelle ipotesi di c.d. “*self reporting*” che emerge la fragorosa disfunzione dell'attuale sistema previsto dal D.lgs. 231/2001, dal momento che l'auto-denuncia di una società che ambisce ad essere virtuosa produce come effetto la sostanziale apertura di un procedimento penale a carico della società stessa, con tutto ciò che questo comporta.

Il che, a ogni evidenza, non è certo il migliore incentivo per convincere le imprese a fare seriamente in conti con le indagini interne, che potrebbero risolversi più in un danno che non in un vantaggio per la società, chiamate poi a doverne gestire gli esiti.

D'altra parte non è un caso che le *internal investigation* siano state concepite e siano tuttora uno strumento ampiamente utilizzato in ordinamenti, quale quello statunitense, che premia la società che portano alla luce fatti illeciti e che cooperano con gli Inquirenti, attraverso meccanismi processuali quali il *non prosecution agreement* o il *deferred prosecution agreement*, che consente di sospendere l'esercizio dell'azione penale all'esito dell'attuazione degli adempimenti condivisi con la Pubblica Accusa, e quindi comunque di mettere al riparo l'impresa virtuosa dal processo stesso.

Il nostro sistema 231, viceversa, sconta purtroppo un approccio ancora troppo legato alla logica, molto tradizionale e penalistica, della *contrapposizione* fra Pubblica Accusa ed ente imputato, mentre sarebbe certamente il caso di affrontare il tema della responsabilità da reato dell'ente con un angolo visuale molto più innovativo e pragmatico, e cioè quello della *cooperazione* fra Pubblica Accusa ed impresa nell'intercettare eventuali condotte illecite e nel migliorare gli anticorpi di cui ciascuna impresa si deve dotare per contenere il rischio di commissione di reati nei suo interesse o a suo vantaggio.

In questa prospettiva, introdurre una causa di non punibilità, o analogo strumento giuridico, in caso di “*self reporting*” dell'ente o comunque della realizzazione di modelli organizzativi e/o piani rimediali condivisi con la Procura della Repubblica, appare oggi non soltanto auspicabile, ma probabilmente necessario, anche per non scoraggiare gli investimenti dall'estero.

Al nostro fondo di domani sarebbe infatti alquanto meno sconcertante poter dire che anche nel nostro Paese è possibile aprire un confronto con la

Procura della Repubblica e trovare – assieme – una soluzione perché quanto accaduto non si verifichi più, e per sanare la situazione pregressa.

Su questi temi, sui quali si giocherà il futuro del D.lgs. 231/2001 e la sua funzionalità a creare un sistema produttivo virtuoso e non al proliferare di processi penali, abbiamo chiesto l'opinione del Dott. Eugenio Fusco, Procuratore Aggiunto presso la Procura della Repubblica di Milano, in ragione della sua riconosciuta esperienza nell'ambito della criminalità d'impresa.

Intervento di Eugenio Fusco

Innanzitutto, ringrazio per l'invito ma ringrazio anche per gli interessanti spunti, che – come spesso capita – inducono, inevitabilmente, a modificare la “scaletta”.

Sono stato tra i primi ad auspicare ma anche a favorire, nei fatti, un “approccio collaborativo” tra la Procura della Repubblica e l'ente – o meglio chi lo rappresenta – nel procedimento 231. L'obiettivo – se fosse stato possibile – sarebbe andato, per quanto mi riguarda, ben oltre la minimizzazione della pena.

A dimostrazione di quanto sto qui sostenendo posso portare l'esperienza di alcuni processi di diversi anni fa in cui, per favorire il patteggiamento ex art. 63, sono state valutate con enorme favore le condotte riparatorie previste dall'art. 17, e la stessa quantificazione del profitto – nei limiti del consentito – è stata operata al ribasso, puntando maggiormente al recupero della legalità attraverso l'implementazione della *compliance*. Mi riferisco – per chi li ricorda – ai processi nel settore dell'energia: ENELPOWER – SIEMENS e ENIPOWER.

Oltre non si poteva davvero andare.

Nel sistema penale italiano non vi sono, infatti, margini per arrivare a un *non prosecution agreement* o a un *deferred prosecution agreement*, quegli accordi transattivi di origine statunitense in esecuzione dei quali, a fronte di un ravvedimento della società, che si esplica, fra le altre cose, attraverso la fattiva collaborazione con l'Autorità giudiziaria, il *Public Prosecutor* rinuncia all'azione penale ovvero ne differisce l'esercizio.

Addirittura, tutto è costruito per andare in una direzione opposta: l'art. 22 del decreto, nei termini in cui tratta il tema della prescrizione, rende l'illecito amministrativo sostanzialmente imprescrittibile, sicché – per stare al titolo di quest'incontro – l'impresa che acquisisce una società *target* potrebbe incamerare la responsabilità per un illecito da reato destinata a durare per sempre.

La disciplina 231 in tema di fusioni e scissioni è soltanto lambita dalla giurisprudenza, perciò sorvolerei su questo tema per concentrarmi su alcuni aspetti che, nel ventesimo anno dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, meritano – a mio avviso – l'attenzione del legislatore.

Non mi dilungo, visto il tempo a disposizione, su altri argomenti, mi fermo soltanto su questo.

Nel 2009 sono stato ospite di un programma organizzato negli Stati Uniti D'America – cui hanno, negli anni, partecipato altri magistrati, forze di polizia, manager ecc. – in occasione del quale ho avuto l'opportunità di confrontarmi, non solo con i colleghi del *Department of Justice* (DOJ) e gli esponenti della *Securities and Exchange Commission* (SEC), ma, soprattutto, ho potuto constatare i numerosi strumenti che essi hanno a disposizione per agire nei confronti delle *corporation*.

Le società possono essere, tra l'altro, sottoposte a un monitoraggio (*monitoring*) di durata biennale, all'esito del quale, in considerazione dei progressi fatti in termini di *compliance*, può essere esclusa, per l'ente, l'applicazione di sanzioni, risolvendosi la vertenza nel *settlement* in origine stabilito tra l'accusa e la difesa.

Ritengo che questa sia la strada da percorrere – con i dovuti aggiustamenti – anche nel nostro ordinamento. Deve essere individuata quantomeno una causa di esonero, di non punibilità – la si chiami come si vuole – a favore dell'ente proattivo nel ripristinare la legalità.

Da notare che, negli ultimi tempi, si sono moltiplicate le condizioni e cause di non punibilità in favore della persona fisica. Dall'analisi di alcune di queste emerge, in maniera lampante, l'asimmetria tra quanto è stato fatto, sul piano normativo, per la persona fisica e quanto, al contrario, non è stato fatto per la persona giuridica.

Un primo esempio è rappresentato dalle novità legislative introdotte nell'ordinamento nazionale con la c.d. Legge Spazzacorrotti (l. 3/2019): in particolare, la citata legge, pur avendo quale suo precipuo orizzonte quello di rafforzare l'attività di prevenzione, accertamento e repressione dei delitti contro la pubblica amministrazione, ha previsto, all'art. 323-ter c.p., una nuova condizione di non punibilità per la persona fisica che entro determinati limiti temporali, stabiliti dalla stessa norma, si adoperi nel senso di fornire all'accusa elementi rilevanti per assicurare la prova del reato e per identificare gli eventuali ulteriori responsabili.

Sul versante della responsabilità giuridica delle società, la medesima legge si è limitata ad aggiungere all'art. 25 d.lgs. 231/2001, il comma 5 bis, che a fronte di un impegno dell'ente ad evitare che l'attività delittuosa posta in essere produca conseguenze ulteriori, ad assicurare le prove dei reati ai fini dell'individuazione dei responsabili ovvero dell'esecuzione del sequestro delle somme o di altre utilità trasferite ed, infine, ad implementare il modello organizzativo rendendolo idoneo a prevenire reati della specie di quelli verificatisi, prevede unicamente una riduzione della durata delle sanzioni interdittive.

Ebbene, quanto appena osservato risulta incoerente nel momento in cui l'ente davvero adotta una linea di differenziazione rispetto alla persona fisica intraprendendo una collaborazione con l'Autorità Giudiziaria e difendendosi attraverso la valorizzazione della propria *compliance*. Se quanto appena prospettato si verifica – come è stato ricordato da chi mi ha preceduto e ha parlato del

caso Prysmian – se, cioè, la *compliance* riporta al Consiglio di Amministrazione, se la stessa è realmente indipendente, e se lavora per preservare il valore aziendale, non vi è ragione per cui l'ente debba essere sanzionato, giacché è, di fatto, un soggetto non responsabile. Forse parlare di irresponsabilità è eccessivo, ma se la società ha scelto una linea di difesa totalmente autonoma, merita, al pari della persona fisica che gode dell'esimente di cui all'art. 323-ter, l'esclusione della punibilità.

Un ulteriore esempio è fornito dall'art. 13 del Decreto Legislativo 74/2000, che, con riferimento a determinati illeciti fiscali, contempla una causa di non punibilità per il contribuente persona fisica che, nel termine di tempo indicato dalla norma stessa, si sia adoperato nel senso di riparare integralmente al danno cagionato. L'ambito applicativo dell'esimente in parola è stato peraltro ampliato, in tempi (relativamente) recenti, dalla l. 157/2019 (promulgata a titolo di conversione del Collegato fiscale alla Legge di Bilancio 2020) che ne ha esteso la portata alle fattispecie tributarie dichiarative.

La medesima legge, sul fronte della responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica, ha allargato il novero dei reati presupposto della stessa, ricomprendendovi proprio taluni reati tributari, senza tuttavia prevedere alcun beneficio di tenore analogo a quello concesso alla persona fisica con il citato art. 13.

Dunque e in sintesi, il contribuente persona fisica che si adopera per pagare, entro il termine stabilito dalla legge, tutto quanto avrebbe dovuto versare con la dichiarazione dei redditi, non risponde penalmente; la persona giuridica, per parte sua, può, tutt'al più, ottenere – sempre in ragione della “buona condotta” *post delictum* – la sospensione/revoca delle misure cautelari (art. 49, commi 1 e 4, d.lgs. 231/2001), l'inapplicabilità/conversione delle sanzioni interdittive (artt. 17 e 78 d.lgs. 231/2001), la riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12, comma 2, d.lgs. 231/2001), ma mai l'esclusione della punibilità.

Ora, attese le caratteristiche della giustizia penale tributaria, la cui finalità precipua è la riscossione delle imposte evase, che avviene di norma mediante specifiche condotte riparatorie che bloccano la confisca e determinano l'estinzione del reato, la disparità di trattamento che origina dalle citate innovazioni legislative risulta ancor più paradossale e priva di giustificazione di quella cui ha dato vita la Legge Spazzacorrotti con la previsione di cui all'art. 323-ter c.p.

Da tali incongruenze, la conclusione che si intende trarre dalle riflessioni finora svolte è – perdonate l'autocitazione – la seguente: *a 20 anni dall'entrata in vigore del Decreto Legislativo 231 del 2001, è maturo il tempo per raccogliere il suggerimento della dottrina e degli operatori del settore, che insistono per la previsione di una vera e propria causa di non punibilità in favore dell'ente, che, in aggiunta all'adempiimento degli oneri individuati dall'art. 17 d.lgs. 231/2001, si sia preventivamente attivato e abbia concretamente collaborato con l'Autorità giudiziaria, magari fornendo informazioni e segnalazioni tempestive e utili ai fini dell'accertamento dei fatti. La struttura dell'esimente potrebbe assumere i contorni di un accordo transattivo assimilabile a quelli di stampo nordamericano, che – lungi dal porsi in termini di incompatibilità con il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 – sarebbe,*

per così dire, in scia rispetto a quell'apertura sempre maggiore verso ambiti di discrezionalità mediante procedure di cosiddetta giustizia negoziata, che trovano una diffusione sempre più ampia anche nel nostro ordinamento².

Concludo come avevo iniziato cioè con un auspicio.

Questo bellissimo convegno, che cade alla fine di un anno celebrativo e che ha riunito – permettetemi di dirlo – persone davvero autorevoli, sia occasione non solo di riflessione ma anche di sollecitazione al Legislatore affinché venga introdotta, nel sistema 231, una vera e propria causa di non punibilità per l'ente che la meriti.

² FUSCO, *231 e investigazioni interne all'ente*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 6/2021, p. 462.

CAPITOLO 5*Operazioni straordinarie e reati fallimentari e societari: il ruolo del consulente tecnico***Introduzione di Piero Magri**

Le operazioni straordinarie non sono solo le grandi operazioni di M&A dove la *due diligence* sempre più spesso necessita il supporto del penalista, ma anche quelle operazioni di ristrutturazione o ricomposizione societaria volte a salvare la continuità aziendale.

In questo ambito il penalista ha un ruolo fondamentale sia sotto il profilo dell'analisi del rischio sia sotto il profilo dell'assistenza nei processi penali che purtroppo nascono proprio da quelle operazioni che non sono andate a buon fine ed hanno comunque portato al fallimento della società.

Vero che il penalista, interpellato nella fase di prevenzione del rischio, in questi casi ha per lo più un impatto conservativo, limitandosi ad evidenziare i rischi che nascono dalla sua esperienza professionale che interviene però nella patologia della crisi di impresa.

Viceversa molte sono le operazioni straordinarie, magari anche rischiose e al limite, che vanno a buon fine e salvano le società: peraltro tutta la nuova normativa sulla crisi di impresa va in questa direzione.

Ex post si nota però una sempre più evidente criminalizzazione di operazioni societarie di per sé legittime che vengono rilette o interpretate in modo suggestivo e quindi ritenute idonee a integrare un disegno criminoso.

Nelle indagini per i reati fallimentari, ad esempio, molte operazioni vengono ritenute distrattive anche se sono finalizzate a salvare la società e i posti di lavoro.

Ad esempio le scissioni di società, se poi si arriva al fallimento, vengono per lo più ritenute penalmente rilevanti anche se astrattamente lecite.

Sul punto si è creata una giurisprudenza maggioritaria molto rigida che ritiene che *“integra il resto di bancarotta fraudolenta per distrazione la scissione di una società, successivamente dichiarata fallita, a favore di altra società alla quale siano conferiti beni di rilevante valore, qualora tale operazione, in se strettamente lecita, si riveli però volutamente depauperato riva del patrimonio aziendale e pregiudizievole per i creditori nella prospettiva della procedura concorsuale”* (Cass, sez.V, 1.7.2020 n. 27930).

Nella medesima prospettiva anche la cessione di ramo d'azienda, operazione assai comune nella prassi, può diventare penalmente rilevante, sulla base di una valutazione in concreto che tenga conto della effettiva situazione debitoria in cui operava la società (oltre alla sentenza sopra citata si veda tra le tante Cass. Sez.V, 6.10.2017).

Mi si permetta di evidenziare che spesso le interpretazioni della prassi giurisprudenziale diventano assai rigorose e poco propense a rileggere le situazioni anche tenendo presente le logiche imprenditoriali volte anche a tutelare i posti del lavoro, arrivando ad astrarre eccessivamente il concetto di "pregiudizio dei creditori", che, come noto, è il bene giuridico tutelato dai reati fallimentari.

Fortunatamente capita anche di imbattersi in una giurisprudenza più benevola e sostanzialistica che cerca di approfondire i reali motivi di un fallimento che possono essere slegati dai fatti di scissione, come in un caso giudicato positivamente dai giudici di merito. Agli imputati era stato contestato di aver distratto una rilevante somma di denaro senza giustificazione dalla società dichiarata fallita mediante una scissione con la creazione di una newco e il GIP del Tribunale di Udine aveva ritenuto non sussistente il fatto di reato sulla considerazione che la composizione qualitativa del patrimonio dei due enti, all'esito della scissione, fosse proporzionale e non presentasse anomalie e che al trasferimento dell'attività alla newco corrispondesse anche l'attribuzione di poste passive.

Purtroppo la Suprema Corte (Cass. Sez.V., 18.1.2013 n. 10201) ha riformato la sentenza ritenendo che dovesse essere riesaminata l'intera operazione straordinaria per escludersi con certezza l'elemento soggettivo e il nesso di causa tra le operazioni straordinarie in esame e il successivo fallimento. Ma nella medesima sentenza ha affermato altresì che *"non esiste alcuna norma di diritto societario che impone all'imprenditore, quando effettua una scissione, di attribuire alla società scorporata un'eguale proporzione di attività e passività; al contrario, nella necessaria libertà che deve caratterizzare tutte le scelte imprenditoriali, la società può scegliere con ampia discrezione cosa scorporare. Ciò che è decisivo che i diritti dei creditori non siano pregiudicati o posti in pericolo. Nel caso della scissione i diritti dei creditori sono adeguatamente salvaguardati dalle disposizioni che prevedono il loro diritto di opposizione al progetto di scissione e ancor più dalla norma che impone la solidarietà della società scorporata (o creata ex novo)"*.

Recentemente anche l'operazione di aumento di capitale è stata criminalizzata qualora la stessa sia effettuata con i proventi di un reato. In tal caso potrebbe scattare il reato di riciclaggio per l'amministratore di una società che conferisce in denaro, provento di truffa, in una società terza sottoscrivendo un aumento di capitale. In questa vicenda il trasferimento era finalizzato a ripulire il denaro di provenienza illecita, scopo ottenuto con un'operazione formalmente legittima.

Certamente si tratta di questioni tecniche che richiedono spesso il supporto di legali esperti di procedure concorsuali o di diritto commerciale, ma anche e soprattutto di consulenti tecnici che possono essere fondamentali per supportare il penalista nella difesa.

Il ruolo del consulente tecnico dunque è decisivo non solo per aiutare il penalista a comprendere meglio i dettagli tecnici delle operazioni ma anche per contribuire allo sviluppo delle strategie difensive.

Che poi sia il penalista che conduca il consulente nelle strategie di difesa o il consulente che diventa indispensabile per le sue conoscenze tecniche rappresenta forse un falso problema: si tratta di fare un percorso insieme approfondito e virtuoso.

Su questi temi, abbiamo interpellato il dott. Andrea Chiusani, commercialista e consulente tecnico, che da anni svolge questa attività a supporto di penalisti, da qualche anno come partner della società New Deal Advisors.

Intervento di Andrea Chiusani

Tutte le società, durante la loro esistenza, possono essere interessate da varie e sempre più complesse operazioni straordinarie, principalmente legate alla ristrutturazione; tali operazioni, il più delle volte, possono determinare un “mutamento di veste” o, fortunatamente fatto meno frequente, la scomparsa delle stesse.

In plurime occasioni atti di cessione di azienda, fusione, trasformazione e scissione sono state ritenute dalla magistratura idonee ad essere usate come espediente elusivo finalizzato all’aggiramento della giustizia.

In tali casi, ciò che rileva è che una determinata operazione, per le modalità con le quali è realizzata, si presenta come produttiva di effetti volutamente depauperativi del patrimonio e, in prospettiva, pregiudizievoli per i creditori laddove si dovesse addivenire ad una procedura concorsuale.

Ma le operazioni straordinarie realizzate da un gruppo societario, anche a seguito dell’ingresso di un investitore italiano o straniero, non possono comportare ex se un automatico addebito di responsabilità penale. Deve essere dimostrata la componente fraudolenta degli atti commessi dagli indagati da parte della Procura procedente.

La fondatezza della prova e dei presupposti tecnici su cui fondano le imputazioni dell’accusa deve essere riscontrata altresì dai consulenti sia legali che tecnici delle parti coinvolte nel procedimento.

Non deve essere infatti dato per scontato che un’operazione straordinaria successiva ad un’operazione di acquisizione possa, di per sé, in una prospettiva *ex ante* e secondo i principi della *Business Judgment Rule*, escludere effetti depressivi e dimostrarsi, al contrario, ostativa ad una dichiarazione di fallimento.

Un’operazione di *leveraged buy out* potrebbe configurare un’ipotesi dolosa, ma tale conclusione non può prescindere da una valutazione caso per caso. Non sarebbe, infatti, di per sé censurabile qualora si dimostri la ragionevolezza e la

sostenibilità, *ex ante*, del sottostante progetto industriale e finanziario, così come previsto anche dal codice civile.

E ancora.

Nel caso di un'operazione di fusione, la rilevanza dell'operazione in termini di riduzione della garanzia patrimoniale di una delle società coinvolte deve, pertanto, essere accertata previa verifica, *ex ante* ed in concreto, dell'effetto che la stessa avrebbe dovuto produrre, anche ove intervenga successivamente il fallimento.

Allo stesso modo un'operazione di scissione non può essere ritenuta aprioristicamente preordinata a destinare beni a finalità diverse da quelle imprenditoriali e/o a impedire e/o a ostacolare il soddisfacimento dei creditori. Ciò avviene se le condotte sono volutamente depauperatorie del patrimonio aziendale e pregiudizievoli per i creditori.

La cessione di un ramo di azienda ad un corrispettivo ritenuto inferiore al valore reale può integrare il reato di bancarotta, ma per affermarne o escluderne la sussistenza è necessario effettuare una valutazione in concreto dell'*asset* adottando un corretto approccio metodologico e tecnico così da accertare se sussiste un concreto e quantificabile depauperamento del patrimonio destinato alla garanzia dei diritti dei creditori.

Più volte nell'ambito della mia attività, quale CTP, mi è capitato di rilevare che:

- dal punto di vista oggettivo, le accuse mosse erano infondate poiché (i) quanto alle valutazioni, erano stati rispettati i criteri previsti dalla normativa civilistica e dai Principi (Contabili e di Valutazione) in modo più che rigoroso e (ii) quanto alle operazioni contestate, quest'ultime trovavano piena giustificazione in rapporti di tipo commerciale e finanziario "fisiologici", anche alla luce dei rapporti infragruppo, o nel riconoscimento dell'*arm lenght principle* nelle transazioni e in ben definiti e fondatamente prevedibili benefici;
- dal punto di vista soggettivo, gli imputati (i) né disponevano di alcun elemento o informazione che potessero giustificare valutazioni di tipo diverso da quelle effettuate, (ii) né avevano "ideato" *ex ante* o "avallato" o "tollerato" alcuna situazione volta a compromettere la sufficienza del patrimonio sociale a soddisfare le ragioni dei creditori o alcuna operazione qualificabile come imprudente in relazione alla valenza economica della stessa (iii) né, se organi di controllo, dai controlli effettuati non avrebbero potuto rilevare alcun "sospetto", così come, con riferimento ad ipotesi distrattive, essi non avrebbero potuto ragionevolmente intravedere alcun elemento censurabile.

Ad esempio, nel caso di un'operazione straordinaria di investimento da parte di un fondo straniero in un gruppo italiano, la storia ed i dati economici e finanziari del gruppo, rinvenibili dalle *due diligence* economiche e finanziarie, dai bilanci, dalle perizie, dai pareri e dalle comunicazioni scambiate internamente

attestavano che il mancato raggiungimento dei dati previsti nei piani industriali e le perdite registrate successivamente all'ingresso del fondo derivavano non dall'operazione di investimento a "leva", né da atti di *mala gestio* o censurabili, ma da accadimenti non prevedibili, dal mutamento dei vincoli normativi e del contesto macroeconomico. Nessun nesso di causalità era pertanto rinvenibile con il successivo dissesto e le contestazioni avanzate dall'accusa.

Quanto sopra evidenzia l'importanza da parte del legale penalista di delineare la difesa del proprio cliente, italiano o straniero, avvalendosi del supporto di un consulente esperto, non solo in ambito tecnico contabile, bensì anche in campo finanziario, fiscale, valutativo, di operazioni straordinarie e di *compliance* e capace di lavorare con clienti nazionali e internazionali che fornisca tutti i necessari elementi volti a riscontrare quanto riportato nei capi d'accusa attraverso:

- a) un esame approfondito del fascicolo giudiziario e dei documenti tecnici (consulenze, *due diligence buy side* e *sell side*, piani industriali e finanziari, perizie, pareri, *impairment test*, contratti, Modelli Organizzativi 231, Relazioni ex art. 33l.f. etc) in esso depositati, anche in formato elettronico (emails, files di vario tipo), a corroborazione delle tesi accusatorie;
- b) lo svolgimento di un esame concreto dell'effettivo contesto di riferimento e dei ruoli/incarichi ricoperti dagli imputati;
- c) la predisposizione di analisi, dal punto di vista tecnico e qualitativo, delle vicende da cui trae origine il procedimento penale che vede coinvolti i clienti;
- d) l'esame delle fattispecie oggetto dei capi di imputazione per verificare se sussistano elementi di responsabilità realisticamente imputabili agli stessi, anche dal punto di vista soggettivo;
- e) la predisposizione di note e consulenze tecniche circa le risultanze e le conclusioni dell'indagine da condividere anche i clienti così da fornire tutti gli strumenti e le valutazioni di tipo oggettivo.

Proprio partendo dall'esecuzione delle corrette analisi da parte del consulente tecnico e dalla continua condivisione delle informazioni raccolte anche con il cliente, soprattutto se straniero, possono essere delineate le più adeguate strategie difensive e rimediali da parte del legale penalista.

CAPITOLO 6*Profili penali nelle operazioni straordinarie nel contesto europeo***Conclusioni di Francesco Sbisà**

Prendendo spunto dagli efficaci interventi del moderatore dell'evento, possono essere estrapolate due parole, come sintesi di quanto è stato detto, per definire le caratteristiche del penalista di oggi: *modernità* e *qualità*.

Con il primo termine, proprio prendendo spunto proprio dal titolo dell'incontro odierno, "*Profili penali nelle operazioni straordinarie nel contesto europeo*", si comprende che oggi il penalista svolge un'attività che non è più quella di qualche anno fa, perché oggi la sua assistenza viene anche richiesta, in via preventiva, rispetto alle operazioni di M&A con ciò imponendo la comprensione dei diversi profili che le caratterizzano anche sotto l'aspetto del rischio penale.

Immaginare 10 anni fa di dire a un penalista che doveva partecipare a una *due diligence* avrebbe avuto una diversa consapevolezza della rilevanza e utilità del proprio supporto, mentre oggi è chiaro che la *due diligence* è un momento fondamentale perché ci sono operazioni che possono portare a effetti dannosi e contrari a quelli che hanno ispirato l'investimento se non si comprendono appieno le possibili conseguenze delle eventuali pendenze giudiziarie che possono aver colpito la società *target*.

Ma il penalista è anche difensore e la sua responsabilità si incrementa laddove ha il compito di analizzare la vicenda processuale che riguarda il suo cliente per capire se quella vicenda e il supporto probatorio che la caratterizza deve portarlo a una scelta verso una direzione o a un'altra, nel miglior interesse, consapevole, del cliente.

E per fare ciò si arriva al secondo termine, alla qualità. Non si può prescindere dalla qualità. È un tema quasi più deontologico che logico. È la deontologia dell'avvocato che impone all'avvocato di essere preparato e competente. La qualità proviene certamente dall'aggiornamento e dal continuo studio delle regole e degli atti del processo, ma - come ha ricordato il dott. Fusco - deriva anche dal confronto con i magistrati, perché il sistema giustizia funziona se tutte le parti che lo compongono danno un proprio contributo alla sua evoluzione e al raggiungimento del risultato di una Giustizia "giusta". La dottrina e la giurisprudenza non possono essere il risultato di un'attività del singolo, ma devono

essere il frutto del confronto, anche serrato, tra le parti: e tra le parti l'avvocato deve pretendere un ruolo ma solo se sa di essere preparato e competente.

Questo è il filo che lega chi fa parte dell'Osservatorio dei dipartimenti degli studi *multipractice*. Il nostro intento è quello di cercare, nel confronto tra di noi, di arrivare a un miglioramento della qualità del ruolo dell'avvocato penalista, che potendo quotidianamente interloquire con colleghi di diverse discipline (dal contenzioso civile al diritto fallimentare, dal diritto societario all'amministrativo, dal diritto del lavoro a quello della proprietà intellettuale, dal diritto bancario al regolamentare), deve per forza incominciare a parlare diverse "lingue" che si aggiungono a quella su cui è specializzato.

E, per chiudere, proprio il tema della lingua è quello che è stato ricordato essere il primo ostacolo, ma anche obiettivo, per riuscire a gestire correttamente la novità che ci è offerta dalla creazione della Procura Europea.

Bisogna, quindi, tentare di giungere a utilizzare un linguaggio comune affinché vi sia una effettiva comprensione delle diverse posizioni e dei contenuti da ciascuna sviluppati, come già oggi il penalista è obbligato a fare quando deve lavorare con i propri consulenti tecnici. Perché l'avvocato che subisce il consulente non serve a niente, mentre deve essere in grado di guidarlo, altrimenti non potrà sfruttarne le potenzialità e potrà fare anche danni al suo cliente.

Al contrario, un penalista moderno e sorretto dalla qualità, è in grado di fornire la migliore assistenza a 360° a cui il cliente ambisce.

APPENDICE 01 di Giorgio Totis

M&A operation – Anti-Bribery due diligence

ABAC Laws

Multinational companies are subject to various Anti-Bribery & Anti-Corruption (ABAC) Laws. M&A Operations must take into consideration ABAC Laws as they evaluate acquisition targets.

United States – FCPA

- In force since 1977
- Two provisions
 - › Anti-Bribery Provision => enforced by the DOJ
 - › Accounting Books & Records => enforced by the SEC
- Almost all convictions include a violation of both provisions
- Strong enforcement actions
- Broad geographical reach
- Strong focus on individual liability (in addition to corporate)
- Incentive to self report and cooperation agreements (NPA, DPA)

Italy – Law 231

- In force since 2001
- Geographical extension both Italy and abroad
- Covers a variety of unlawful acts, such as:
 - › Corruption & fraud against the state/industry
 - › Counterfeit crimes & money laundering
 - › Labor and environment crimes
 - › Corporate crimes (company records and shareholders)
 - › Market manipulation crimes

United Kingdom – Bribery Act

- In force since 2011
- Covers public and private sector bribery
- Intended to facilitate greater enforcement against corporations
- Main offenses:
 - › Bribing and being bribed
 - › Bribing foreign public officials
 - › New corporate offence of failure to prevent bribery (with adequate procedures defense)

Brazil – Clean Companies Act

- In force since 2014
- Illegal acts covered by the Law:
 - › Acts against domestic or foreign Public Administration;
 - › Corruption + other illicit acts (e.g. fraud on public tenders);
 - › Broad definition of corruption (e.g. public official; undue advantage).
- Possibility of leniency / cooperation agreements
- Parameters for the Integrity Program

Pre-acquisition due diligence - international M&A

Why: The Importance of the Pre-acquisition Due Diligence

- › When it comes to M&A operations, adequate due diligence prior to any merger or acquisition is essential



Legal and business risk

Inadequate due diligence may not cover current illegal or questionable conduct – potentially compromising the acquiring company's profitability and reputation, as well as lead to potential civil and criminal liability.

What:

- › Conducting effective ABAC due diligence on the targets evaluates more accurately a company's value may support eventual negotiations for the costs of the discovered potential bribery which would then be borne by the target.

Pre-acquisition due diligence in international M&A

With any M&A operation with a US company as a target, one must perform an FCPA Due Diligence.

Both the U.S. Department of Justice (DOJ) and the SEC have aggressively asserted claims (based on theories of successor liability) against purchasing corporations for pre-merger conduct of the target that violated the FCPA.

BENEFITS

- Pre-acquisition due diligence helps acquiring companies accurately determine the **value of target companies**
- Due diligence **reduces the risk** of a company unknowingly continuing to pay bribes post-acquisition
- The consequences of potential violations uncovered during pre-acquisition due diligence can be handled by the parties in an orderly and efficient manner through **negotiation of the costs and responsibilities for the investigation and remediation**
- Due diligence is evidence of a **genuine commitment to FCPA compliance**

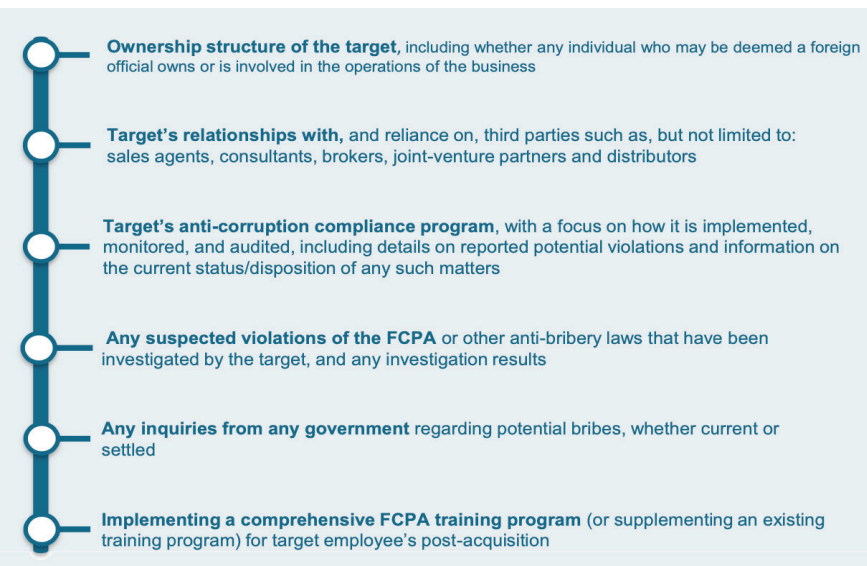


EARLY TARGET EVALUATION

- Consider a **target's FCPA risk profile** early. Items to consider include how company does business; the industry in which it operates and whether that industry is the subject of recent enforcement activity
- Assess the risk of the markets where the target does business. Does the target do business in **high-risk countries** that have generated FCPA enforcement actions in the past or rate poorly in the **Transparency International Corruption Perception Index?**
- Assess the risk of the target's industry. Is the industry one with **foreign government customers, heavy government regulation, or substantial government contact?**
- What is the **reputation of the target** regarding bribery, corruption, or other criminal or unethical conduct?

Due Diligence Plan

If a target appears to have a **potential FCPA risk**, the acquiring company should prepare a **comprehensive FCPA due diligence work plan** focused on the target's specific risk profile. For example, the due diligence should also include a review of the following:



What if a potential violation is uncovered?

A potential FCPA violation does not have to kill a deal.

Where **FCPA red flags** are identified, but the acquiring company still wants to consider proceeding with the deal, **certain additional measures** should be considered to **limit its exposure**.

These steps include, *inter alia*:

- Issuing instructions to the target's affected affiliates and employees to cease all illicit payments or other questionable conduct and taking steps to ensure that the conduct has indeed ceased
- Requiring the target to suspend or terminate the officers and employees implicated in the potentially incriminating conduct, pending the results of an internal investigation
- Implementing a comprehensive FCPA training program (or supplementing an existing training program) for target employee's post-acquisition
- Requiring the target to disclose the conduct at issue to the DOJ/SEC and to the public

Dialogue with the Public Authorities is essential

How DOJ and SEC evaluates potential investors?

DOJ and SEC are likely to look favorably on acquiring companies that:

- **Cooperate** with the DOJ, SEC, and any other foreign law enforcement authorities with respect to any remaining issues
- **Appropriately discipline** any employees or officers of the target found to have made or **authorized illicit payments**, including cutting all ties to employees, agents, or other actors associated with the **FCPA violations**
- **Disclose to enforcement agencies** any additional pre-acquisition payments to foreign officials made by the target or its subsidiaries that are discovered after the completion of the acquisition
- **Introduce** to the target your company's existing **FCPA compliance program**, modify as appropriate, **ensuring** that it is reasonably designed to detect and deter violations of the FCPA and foreign anti-corruption law

DOJ & SEC Hallmark of an effective Compliance Program

DOJ & SEC HALLMARKS OF EFFECTIVE COMPLIANCE PROGRAMS (EXTRACT)	
COMMITMENT FROM SENIOR MANAGEMENT	OVERSIGHT, AUTONOMY, & RESOURCES
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Assignment of responsibility for the oversight and implementation of the compliance program to one or more specific senior executives with appropriate authority, adequate autonomy from management and sufficient resources to ensure the compliance program is implemented effectively ✓ The DOJ and the SEC typically consider whether the company devoted adequate staffing and resources to a compliance program, given the size, structure and risk profile of the business 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Disciplinary schemes should be applied across the organization ✓ DOJ and SEC will consider whether a company has appropriate and clear disciplinary procedures, whether these procedures are applied reliably and promptly
CODE OF CONDUCT AND COMPLIANCE POLICIES AND PROCEDURES	TRAINING & COMMUNICATION ADVICE
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Clear and concise code of conduct accessible to all employees and to those conducting business on the company's behalf ✓ Policies and procedures that outline responsibilities for compliance within the company, detail proper internal controls, auditing practices and documentation policies 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Ensure that relevant policies and procedures have been communicated throughout the organization ✓ Information should be presented in a manner appropriate for the targeted audience (e.g. tailor training hypotheticals to sales personnel, etc.), including providing training materials in local languages
RISK ASSESSMENT	CONFIDENTIAL REPORTING & INTERNAL INVESTIGATIONS
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Assessment of risk is fundamental to developing a strong compliance program ✓ As a company's risk for FCPA violation increases, businesses should consider increasing its compliance procedures, including due diligence and periodic internal audits 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Confidential reporting mechanisms (including anonymous hotlines) ✓ Consider "lessons learned" and update internal controls and compliance program as appropriate
COMMITMENT FROM SENIOR MANAGEMENT	INCENTIVES & DISCIPLINARY MEASURES
<ul style="list-style-type: none"> ✓ High-level commitment is reinforced and implemented by middle managers and employees at all levels 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Understand the qualifications and associations of third-party partners ✓ Ensure contract terms specifically describe the services to be performed; consider confirming and documenting that third party is actually performing the work for which it is being paid and that compensation is commensurate with the work being provided ✓ Undertake ongoing monitoring of third-party relationship ✓ Inform third parties of company's compliance program and commitment to ethical and lawful business practices
CODE OF CONDUCT AND COMPLIANCE POLICIES AND PROCEDURES	THIRD PARTY DUE DILIGENCE & PAYMENTS
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Assessment of risk is fundamental to developing a strong compliance program ✓ As a company's risk for FCPA violation increases, businesses should consider increasing its compliance procedures, including due diligence and periodic internal audits 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Understand the qualifications and associations of third-party partners ✓ Ensure contract terms specifically describe the services to be performed; consider confirming and documenting that third party is actually performing the work for which it is being paid and that compensation is commensurate with the work being provided ✓ Undertake ongoing monitoring of third-party relationship ✓ Inform third parties of company's compliance program and commitment to ethical and lawful business practices
RISK ASSESSMENT	MERGERS & ACQUISITIONS: DD PRE & POST ACQUISITION
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Assessment of risk is fundamental to developing a strong compliance program ✓ As a company's risk for FCPA violation increases, businesses should consider increasing its compliance procedures, including due diligence and periodic internal audits 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ The DOJ and the SEC require appropriate risk-based due diligence on potential new business entities; once acquired, to continuously improve and maintain sustainable compliance programs

ASLA, Associazione Studi Legali Associati (www.aslaitalia.it), editrice di questo Quaderno comprende circa cento fra i principali Studi legali nazionali e di affiliazione estera operanti in Italia (fra cui quelli a cui appartengono il curatore e i co-autori del Quaderno stesso, sotto specificati), ove è stata costituita nel 2003 come organizzazione apolitica senza scopo di lucro, operando in particolare nel settore del diritto d'impresa e con il fine di promuovere e diffondere la cultura e le modalità più attuali dell'esercizio della professione legale in forma associata, organizzata e certificabile.

In particolare, hanno contribuito a questo Quaderno:

L'Avv. **Piero Magri**, *partner* dello Studio Legale RP Legal & Tax, coordinatore della pubblicazione e co-autore dell'introduzione e del capitolo 5.

L'Avv. **Giuseppe M. Giacomini**, *partner* dello Studio Legale Associato Conte e Giacomini Avvocati, autore del capitolo 1.

L'Avv. **Paola De Pascalis**, *of counsel* dello Studio Legale Associato Pavia e Ansaldo, autrice del capitolo 2.

L'Avv. **Jean Paule Castagno**, *partner* dello Studio Legale Associato Orrick, autrice del capitolo 3.

L'Avv. **Matteo Vizzardi**, *partner* dello Studio Legale Associato Dentons, co-autore del capitolo 4.

Il Dott. **Eugenio Fusco**, Procuratore aggiunto della Procura di Milano, co-autore del capitolo 4.

Il Dott. **Andrea Chiusani**, Commercialista e Revisore Legale, New Deal Advisors, co-autore del capitolo 5.

L'Avv. **Francesco Sbisà**, *partner* dello Studio Legale Associato BenelliErede, autore del capitolo 6.

L'Avv. **Giorgio Totis**, dirigente di Prysmian Group, autore dell'Appendice di questo quaderno.

Pubblicazione giuridica n° 21 di ASLA (Associazione Studi Legali Associati)
(20 febbraio 2022)

A cura del Gruppo di lavoro sul Diritto Penale d'Impresa
Curatore: Piero Magri

Editor: Ezio Rotamartir

I materiali raccolti nella presente pubblicazione hanno valore soltanto
esemplificativo e non vanno intesi come specifiche raccomandazioni
di ASLA.

©2022 ASLA - Associazione Studi Legali Associati

Impaginazione, elaborazioni grafiche e illustrazioni: Ezio Rotamartir Progetto
grafico originale: Edoardo Steiner

www.aslaitalia.it

Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione con qualsiasi mezzo, salvo
autorizzazione scritta di ASLA - Associazione Studi Legali Associati.

ASLA, Associazione Studi Legali Associati (www.aslaItalia.it), editrice di questo
Quaderno, comprende circa cento fra i principali Studi nazionali e di
affiliazione estera operanti in Italia, ove è stata costituita nel 2003 come
organizzazione apolitica senza scopo di lucro, operando in particolare
nel settore del diritto d'impresa e col fine di promuovere e diffondere
la cultura e le modalità più attuali dell'esercizio della professione legale
in forma associata, organizzata e certificabile.

In particolare, hanno contribuito a questo Quaderno:

L'Avv. **Piero Magri**, *partner* dello Studio Legale RP Legal & Tax, coordinatore della pubblicazione e co-autore dell'introduzione e del capitolo 5.

L'Avv. **Giuseppe M. Giacomini**, *partner* dello Studio Legale Associato Conte e Giacomini Avvocati, autore del capitolo 1.

L'Avv. **Paola De Pascalis**, *of counsel* dello Studio Legale Associato Pavia e Ansaldo, autrice del capitolo 2.

L'Avv. **Jean Paule Castagno**, *partner* dello Studio Legale Associato Orrick, autrice del capitolo 3.

L'Avv. **Matteo Vizzardi**, *partner* dello Studio Legale Associato Dentons, co-autore del capitolo 4.

Il Dott. **Eugenio Fusco**, Procuratore aggiunto della Procura di Milano, co-autore del capitolo 4.

Il Dott. **Andrea Chiusani**, Commercialista e Revisore Legale, New Deal Advisors, co-autore del capitolo 5.

L'Avv. **Francesco Sbisà**, *partner* dello Studio Legale Associato BonelliErede, autore del capitolo 6.

L'Avv. **Giorgio Totis**, dirigente di Prysmian Group, autore dell'Appendice di questo quaderno.

www.aslaitalia.it

ASLA, Associazione Studi Legali Associati, www.aslaitalia.it, editrice di questo Quaderno, comprende circa cento fra i principali Studi nazionali e di affiliazione estera operanti in Italia (fra cui quelli a cui appartengono le curatrici e i co-autori del Quaderno stesso, sopra specificati), ove è stata costituita nel 2003 come organizzazione apolitica senza scopo di lucro, operando in particolare nel settore del diritto d'impresa e con il fine di promuovere e diffondere la cultura e le modalità più attuali dell'esercizio della professione legale in forma associata, organizzata e certificabile.

