

Il Foreign Corrupt Practices Act: la lotta alla corruzione internazionale nella disciplina statunitense

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

Gli Stati Uniti sono stati il primo Paese a dotarsi di una specifica legislazione volta a prevenire i fenomeni di corruzione internazionale; già nel 1977, infatti, il Congresso varò il Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), un corpus normativo recante disposizioni volte ad impedire la corruzione, da parte di società americane, di pubblici ufficiali stranieri, al fine di ottenere o mantenere rapporti commerciali.

Il FCPA risulta di estrema importanza per gli studiosi del fenomeno, poiché viene comunemente ritenuto il modello ispiratore della Convenzione

OCSE

sulla

“Lotta

alla

corruzione

di pubblici ufficiali

stranieri

nelle operazioni economiche internazionali” del 1997, primo strumento internazionale di contrasto al fenomeno. D’altro canto, lo stesso FCPA è stato di recente parzialmente modificato proprio per allinearlo agli ulteriori adempimenti imposti dalla Convenzione (FONTANELLA).

Gli Stati Uniti riconobbero la necessità di una specifica disciplina in materia negli anni ’70, in seguito allo sviluppo di una costola della famosa inchiesta Watergate. L’indagine, partita dal controllo su rapporti sospetti tra politici americani e le maggiori corporations statunitensi, si allargò ben presto ad altri ambiti, e gli investigatori scoprirono che molte multinazionali americane avevano provviste di “fondi neri”, creati grazie ad artifici contabili, che servivano per pagare pubblici ufficiali stranieri in vista dell’ottenimento di grandi commesse all’estero (ACQUAVIVA) .

Le indagini della SEC portarono all’incriminazione di cinque grandi società che avevano trasferito a rappresentanti del governo ondegno fondi per oltre due milioni e mezzo di dollari[1].

Lo scandalo che ne seguì spinse

il Congresso a varare, nel 1977, il FCPA, con l’intento di porre un freno alla corruzione dei pubblici ufficiali

di Stati esteri.

La normativa si presenta come estremamente dettagliata, con sanzioni civili e penali, rivolte sia alle persone fisiche che alle imprese, e con due categorie di illeciti: da un lato, infatti, si puniscono penalmente le condotte di pagamento illecito come definite dal FCPA, dall'altro, si impongono alle imprese un ventaglio di controlli interni, focalizzati sulla trasparenza dei libri contabili, in modo da permettere, sia all'impresa stessa che alle autorità federali, di esercitare un agevole controllo sulla gestione dei flussi finanziari.

Si è quindi cercato di creare una cultura della legalità aziendale, permettendo alle autorità del settore di perseguire legalmente i trasgressori per tre illeciti diversi (il pagamento, la mancata disclosure della violazione in caso di indagini e l'inefficacia di controlli infrasocietari) sulla base di un unico comportamento, consistente appunto nell'illecito pagamento di un pubblico ufficiale straniero.

Le competenze in ordine agli accertamenti dell'illecito sono ripartite tra il Dipartimento di Giustizia (DOJ) e la Security and Exchange Commission (SEC). Quest'ultima è responsabile dell'irrogazione delle sanzioni civilistiche nei confronti degli issuers, ovvero di tutte le persone giuridiche che emettono titoli negli Stati Uniti e sono quindi sottoposte al controllo della SEC in base al Security Exchange Act del 1934. Il DOJ ha invece una competenza residuale, anzitutto ad esso compete l'irrogazione delle sanzioni penali, è inoltre responsabile dei controlli civilistici nei confronti di quei soggetti che non sono sottoposti al controllo della SEC, ovvero le persone fisiche, le persone giuridiche statunitensi che non scambiano titoli nel mercato regolamentato e gli enti di diritto straniero.

I destinatari della disciplina

Punto nodale della normativa concerne i soggetti destinatari della disciplina contro la corruzione internazionale.

Soggette agli obblighi della normativa sono sia le persone fisiche che quelle giuridiche, con responsabilità concorrente nella commissione dell'illecito.

La disciplina distingue i destinatari in due categorie, i domestic concern, ovvero persone (fisiche o giuridiche) residenti o costituite nel territorio degli Stati Uniti, e gli issuer, società estere che comprano o vendono titoli negli Stati Uniti.

In seguito all'emendamento del 1998, il novero dei destinatari si è ulteriormente ampliato, con l'assoggettamento alla disciplina anche delle società estere, controllate o possedute da una corporation statunitense, se hanno compiuto (anche parzialmente) pratiche corruttive nel territorio USA.

L'ampliamento risulta di notevole interesse per tutte le imprese italiane che fanno parte di gruppi statunitensi, poiché le stesse, come verrà in seguito approfondito, non solo potranno essere dirette destinatarie di sanzioni da parte delle autorità d'oltreoceano, qualora abbiano posto in essere atti di corruzione nel territorio USA, ma potranno corresponsabilizzare la controllante statunitense che abbia ommesso di vagliare l'operato della propria controllata; in teoria, infatti, restano escluse dall'applicazione della disciplina le società estere possedute o controllate dalle società statunitensi se agiscono esclusivamente all'estero e non intrattengono rapporti diretti con gli Stati Uniti, in realtà, questa lacuna normativa, che avrebbe potuto creare un falla nel sistema permettendo a società statunitensi di sottrarsi alla disciplina facendo commettere gli illeciti dalle proprie controllate estere, è stata parzialmente colmata dall'intervento delle autorità inquirenti, le quali, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, sono portate ad affermare la responsabilità della casa madre per gli atti di corruzione commessi da una sussidiaria estera qualora vi sia stata una qualsiasi forma di "controllo effettivo" sulle attività della controllata.

La nozione di pubblico ufficiale straniero

Il FCPA definisce pubblico ufficiale straniero ogni dirigente o lavoratore di un governo estero o di un dipartimento, agenzia, o di un'organizzazione internazionale, ovvero ogni persona che agisce ufficialmente per conto di un governo straniero, di un'agenzia, di un dipartimento o di un organizzazione internazionale.

La definizione di pubblico ufficiale straniero è stata recentemente allargata agli ufficiali delle organizzazioni internazionali in ossequio alla Convenzione OCSE sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri.

La definizione di pagamento illecito nel FCPA

Il FCPA introduce il reato di corruzione internazionale, consistente nell'offerta, nell'autorizzazione al pagamento o nel pagamento di pubblici ufficiali stranieri, finalizzato ad influenzare la decisione del ricevente, inducendolo ad assicurare al corrompente un vantaggio ingiusto. Analizzando la fattispecie attraverso le categorie proprie del nostro ordinamento, si può affermare che la normativa punisce sia la corruzione propria che quella impropria, perseguendo il comportamento sia se finalizzato al raggiungimento di uno scopo illegale che se orientato al raggiungimento di uno scopo legale con metodi però illeciti.

Viene poi colpito il pagamento indiretto, ovvero si stigmatizza la dazione di denaro a terzi se il pagante è nella condizione di prevedere che l'emolumento è in realtà destinato ad un pubblico ufficiale straniero.

Giova notare come, in tal caso, non si richieda una specifica intenzionalità del soggetto agente, ma alle autorità investigative basterà dimostrare che una persona ragionevole avrebbe potuto prevedere la finalità della dazione per riconoscere in capo al soggetto agente una responsabilità penale.

La previsione di un illecito colposo ha imposto alle società statunitensi l'adozione di una serie di procedure volte al controllo dei partners commerciali, obbligandole a monitorare, ove possibile, le attività degli intermediari coinvolti in pagamenti di pubblici ufficiali stranieri.

Gli obblighi di trasparenza

Accanto alla previsione del reato di corruzione internazionale, il FCPA si preoccupa di stabilire una serie di misure volte ad assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari, imponendo regole per la tenuta dei bilanci e dei libri contabili. Si impone alle corporation di mantenere una costante vigilanza su ogni passaggio di denaro in seno alla compagine aziendale; l'assenza di tali meccanismi comporterà un duplice ordine di effetti: da un lato la società si esporrà a sanzioni da parte della SEC per la mancanza di chiarezza nei documenti contabili, d'altro canto l'assenza di controlli, in caso di commissione dell'illecito, sarà valutata come indice di colpevolezza da parte delle autorità inquirenti, esponendo la società alle sanzioni civili e penali previste dalla normativa.

Nella prassi è invalso l'uso di inserire gli specifici adempimenti previsti dalla normativa anticorruzione all'interno dei compliance programs volti alla prevenzione dei rischi di reato, in modo da riuscire a soddisfare, attraverso un unico meccanismo, sia il rispetto della legge, al fine di evitare la corporate liability, sia l'obbligo di garantire la trasparenza dei flussi contabili, con l'intento di prevenire fenomeni di corruzione.

La responsabilità delle persone giuridiche per i fenomeni di corruzione internazionale

In base ai principi legali vigenti negli Stati Uniti, le persone giuridiche sono direttamente responsabili dei fenomeni di corruzione internazionale commessi dai propri dipendenti, secondo l'ormai consolidato

meccanismo della vicarious liability
(DE MAGLIE).

Le persone giuridiche saranno pertanto chiamate a rispondere in sede penale in caso di commissione del reato ad opera di insiders, secondo i principi generali previsti dalla legislazione statunitense e con i criteri di commisurazione delle sanzioni, pecuniarie ed interdittive, previste dalle Federal Sentencing Guidelines del 1991.

Di primaria importanza per la nostra analisi risulta essere la potenziale responsabilità di un ente statunitense per i fatti di corruzione internazionale commessi dalle proprie controllate estere.

Per controllata estera deve intendersi una società costituita ed operante fuori gli Stati Uniti e come tale tecnicamente esentata dal rispetto della normativa anticorruzione prevista dal FCPA, salvo che per i reati commessi all'interno del territorio USA.

Secondo il FCPA, la controllante è a rischio sanzionatorio qualora si riesca a provare che essa abbia autorizzato, diretto o controllato una società "figlia" estera nella commissione di fatti di corruzione internazionale. In altri termini, la normativa anticorruzione sottopone a sanzione la società di diritto statunitense sia qualora abbia diretto le operazioni delittuose della controllata sia quando si sia posta in una situazione di "wilful blindness" (intenzionale cecità) nei confronti delle attività illecite poste in essere da una società del gruppo.

Ciò significa che, con ogni probabilità, ogni tipo di direzione dell'attività delle società controllate estere sarà sufficiente ad integrare la responsabilità della "casa madre".

Pertanto, nella prassi, le società con controllate estere tendono a prevedere nei propri compliance programs specifiche attività di controllo nei confronti delle controllate estere, soprattutto qualora esse operino in regioni del mondo in cui è più forte il rischio di corruzione.

Case study

A titolo esemplificativo, è opportuno menzionare un caso giurisprudenziale che vide il coinvolgimento di una società farmaceutica statunitense la cui controllata polacca aveva commesso fatti di corruzione.

Nel giugno 2004, la società farmaceutica Shering-Plough, patteggiò con la Security and Exchange Commission (SEC) il pagamento di mezzo milione di dollari per violazione degli obblighi di trasparenza

tenuta dei libri contabili e per carenza dei controlli interni, a norma delle previsioni del FCPA.

Secondo le indagini della SEC, infatti, la controllata polacca della società farmaceutica americana (Shering-Plough-Poland) trasferì approssimativamente 76.000\$, tra il Febbraio del 1999 ed il Marzo 2002, ad una fondazione per il restauro dei castelli della Slesia, la Chudow Castle Foundation.

Tra i soggetti di vertice della fondazione figurava anche il direttore del Silesia Health Fund, un'autorità statale che si occupa di finanziare l'acquisto di prodotti farmaceutici destinati agli ospedali.

La SEC sostenne che tali trasferimenti erano avvenuti per indurre il direttore dell'ente ad acquistare prodotti della Shering-Plough. Prova ne era il comportamento dei dirigenti della sussidiaria polacca, i quali trasferirono le somme in più tranches per evitare di dover ottenere l'approvazione dei managers della società locale ed inviarono all'ufficio finanziario della controllante false fatture per giustificare gli esborsi.

Nonostante la Sec avesse ritenuto in buona fede la Fondazione polacca e avesse ammesso che le operazioni fossero avvenute senza il consenso o la conoscenza della controllante americana, decise comunque di sottoporre la società di diritto americano al pagamento di una sanzione pecuniaria, ritenendo il sistema di controllo infragruppo inadeguato a prevenire le irregolarità finanziarie delle sussidiarie estere.

In questo caso, nonostante non vi fosse prova dell'avvenuta corruzione e sebbene la controllante non avesse concorso in alcun modo nella commissione del (presunto) illecito, la SEC ritenne preciso dovere della Holding la predisposizione di standard organizzativi per il monitoraggio dei flussi finanziari delle controllate.

Oltre alla sanzione pecuniaria, infatti, la SEC impose alla società il controllo da parte di un consulente indipendente (compliance monitor) che valutò l'intero sistema dei controlli interni dell'ente e delle procedure per la compliance con il FCPA, indicando poi alla Shering-Plough una serie di misure di prevenzione del rischio, che la società ha implementato nella propria organizzazione.

Stefano Paziienza

[1] Le società coinvolte furono: Gulf Oil Corporation, Phillips Petroleum Company, Northrop Corporation, Ashland Oil Incorporated, United Brands Corporation.

<https://www.diritto.it/il-foreign-corrupt-practices-act-la-lotta-alla-corruzione-internazionale-nella-disciplina-statunitense/>