ESCURA

Corporate Compliance in Spagna

La riforma del Codice Penale spagnolo
(in vigore dal 1º Luglio 2015)

ESCURA

Bufete Escura è uno degli studi di maggior prestigio in Barcellona. La sua mission consiste in un servizio pensato per il cliente, con elevati standard etici e di qualità. Grazie alla sua lunga tradizione, è divenuto lo studio legale di riferimento di diverse associazioni imprenditoriali, che vedono **Bufete Escura** come la firma legale che raccomandano ai loro associati.

Bufete Escura offre servizi legali ad un gran numero di compagnie globali, per gestire e consigliare alle loro filiali, le conoscenze specialistiche dello studio legale per tutto ciò che fa riferimento al quadro normativo e impresariale sia in Catalogna che in tutta la Spagna.

Lo studio, che collabora da oltre trent'anni con istituzioni e imprese italiane ed è socio della **Camera di Commercio italiana a Barcellona**, rappresenta un punto di riferimento per le aziende italiane interessate ad investire in Spagna.

CAMERA ITALIANA BARCELONA

Aree di attività di Bufete Escura:

- Diritto Commerciale e Societario
- Diritto del Lavoro
- Nuove Tecnologie – Protezione dati
- Contenzioso e arbitrato
- Diritto Penale
- Diritto Civile
- Diritto Immobiliare
- Procedure Concursuali
- Diritto Amministrativo
- Diritto Tributario
- Gestione / outsourcing fiscale
- Gestione / outsourcing risorse umane
- Investimenti esteri
- Antiriciclaggio

ESCURA

Corporate Compliance in Spagna

Abstract: A seguito delle importanti modifiche normative introdotte in Spagna dalla Ley Orgánica 1/2015, riteniamo opportuno scrivere queste brevi note sulla redazione dell'articolo 31bis del codice penale spagnolo, che disciplina, seppure in modo non del tutto completo, la responsabilità penale delle persone giuridiche (analogamente a quanto previsto in Italia dal Decreto Legislativo n. 231/2001).

La recente riforma del codice penale spagnolo (Ley Orgánica 01/2015) introduce in Spagna, per la prima volta, un vero sistema di "Corporate Compliance" in Spagna.

Il legislatore spagnolo conferma e sviluppa quanto già previsto dalla precedente riforma del codice penale, datata 22 giugno 2010.

Il sistema di responsabilità ideato dal Legislatore spagnolo basa le sue fondamenta sui modelli di Compliance diretti a prevenire la commissione di reati nel seno della propria impresa.

L'articolo 31 bis, seppur in modo non del tutto esaustivo, indica i requisiti minimi che i modelli di Compliance dovranno possedere.

L'articolo 31 bis del codice penale spagnolo

Al comma 1 dell' articolo 31 bis, vengono elencati i requisiti oggettivi e soggettivi che rendono penalmente responsabile una persona giuridica.

Innanzitutto, la Società risponderà per i reati commessi a suo vantaggio diretto e indiretto (per vantaggio indiretto s'intende il risparmio economico derivante dalla mancata osservazione di una norma, ma anche il possibile vantaggio d'immagine rispetto alla concorrenza ottenuto illecitamente).

Le persone fisiche che possono "trasferire" la responsabilità alla persona giuridica sono:

- I rappresentati e gli amministratori di fatto e di diritto e coloro che, agendo individualmente o come parte di un organo della persona giuridica, ostentino facoltà di organizzazione e controllo all'interno dell'impresa.

- I dipendenti sottoposti all'autorità dei soggetti sopra menzionati, nel caso in cui abbiano potuto commettere reati per una grave mancanza dei doveri di supervisione, vigilanza e controllo.

È interessante constatare come il requisito "soggettivo" richiesto dalla normativa spagnola coincida, in gran parte, con la distinzione (già) realizzata in Italia dall'articolo 5 del D.Lgs. 231/2001.

Affinché la impresa non sia condannata devono concorrere le seguenti circostanze:

- L'adozione di modelli di organizzazione e gestione, prima della commissione del reato, finalizzati alla prevenzione e riduzione de rischi penali (Compliance Program).

ESCURA

- La supervisione del funzionamento e della osservanza del modello affidata a un organo interno della Società con autonomi poteri d'iniziativa e controllo.

- Le persone che hanno commesso il reato hanno eluso fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione.

- Non vi sia stata un'omissione o un esercizio insufficiente delle funzioni di supervisione, controllo e vigilanza da parte dell'organo di organizzazione e controllo.

Onere della prova

Le recenti sentenze della Corte di Cassazione spagnola (STS 154/2016 e STS 221/2016) si sono espresse, negli *obiter dicta*, in merito all'onere della prova dei citati requisiti, affermando che grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza del reato della persona giuridica.
(Clicca qui per approfondimenti)

Quello che sostengono i giudici di legittimità spagnoli, a differenza di parte della dottrina e giurisprudenza italiana, è che un'eventuale inversione dell'onere probatorio creerebbe un'inaccettabile presunzione *iuris tantum* di colpevolezza, violando apertamente la presunzione d'innocenza dell'art. 24.2 della Costituzione spagnola.

Comma 3 art. 31 bis

Continuando con l'analisi del nuovo articolo 31 bis, al comma 3, il legislatore spagnolo ha concesso agli amministratori delle piccole e medie imprese la possibilità di far parte dell'organo di controllo e vigilanza.

ESCURA

Comma 4 art. 31 bis

Il comma 4 del presente articolo stabilisce che, se il delitto è stato commesso da un subordinato (articolo 31 bis, comma 1, lettera"b"), la Società sarà responsabile se non ha adottato e realizzato in modo efficace un modello di organizzazione e gestione.

Comma 5 art. 31 bis: requisiti tecnici del modello di organizzazione

Di sicuro interesse è l'ultimo comma (5) dell'articolo 31 bis che elenca i requisiti tecnici che un modello di organizzazione e gestione deve possedere affinché sia considerato idoneo ed efficace.

I modelli di organizzazione e gestione dovranno:

- Individuare le aree in cui possono essere commessi i reati (valutazione dei rischi penali e analisi).
- Prevedere protocolli specifici riguardanti il processo di formazione della volontà della persona giuridica, dell'adozione delle decisioni e della loro esecuzione.
- Disporre di risorse adeguate per impedire la commissione dei reati che devono essere prevenuti.
- Prevedere obblighi d'informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli (va osservato che questo punto è identico alla normativa italiana).
- Creare un canale di denuncia e un sistema sanzionatorio.
- Verificare periodicamente il funzionamento del modello e modificarlo in caso di violazioni che denotino una inefficacia dello stesso.

Quali Società devono dotarsi di modelli di Compliance?

I soggetti destinatari dell'articolo 31bis sono le persone giuridiche.

L'articolo 31 *quinques* del codice penale, tuttavia, esclude dall'applicazione della normativa gli enti pubblici (Stato, Amministrazione pubblica, Enti pubblici economici, organizzazioni internazionali).

Il Legislatore spagnolo, pur non imponendo un obbligo specifico, rimarca l'importanza di creare una cultura imprenditoriale del rispetto normativo, prevedendo come unico esimente la corretta e adeguata applicazione di un medello di *Compliance*.

ESCURA

Un caso specifico: le filiali spagnole di multinazionali straniere.

Un riferimento particolare deve essere fatto in relazione alle filiali di multinazionali straniere nelle cuali già da tempo si applicano modelli interni di Compliance.

È importante precisare come il contenuto normativo dell'articolo 31 bis, comma 5 impedisca l'applicazione *sic et simpliciter* di modelli provenienti dalla casa madre straniera. La necessità di adattare i protocolli interni di prevenzione della Holding nasce dai seguenti elementi normativi:

- L'obbligazione normativa, ex articolo 31 bis, Codice Penale, di realizzare un'analisi e una valutazione specifica dei rischi penali delle filiali spagnole.

- L'esistenza di fattispecie differenti di reato che la Persona Giuridica può commettere in Spagna.

- L'adattamento del canale di "denuncia" della impresa al diritto del lavoro spagnolo e alla legge sulla privacy spagnola.

- L'esistenza di una regolamentazione differente per i reati ambientali.

- L'obbligo di creare un organo interno "*ad hoc*" per la filiale spagnola a cui si attribuiscono compiti di vigilanza, supervisione e funzionamento dei modelli.

Compliance Officer o un organo interno?

La normativa spagnola non fa riferimento a un "*Compliance Officer*" ma, piuttosto, a un organo interno di controllo, come specificatamente menzionato all'articolo 31 bis, comma 2, 2ª.
Il Codice Penale spagnolo, infatti, richiede l'istituzione ufficiale di un organismo interno dotato di autonomi poteri d'iniziativa e controllo.

Questa configurazione societaria prende le distanze dal modello, per lo più statunitense, che attribuisce a manager interni (*Compliance Officer*) il compito di supervisionare e di controllare le attività della Società a livello globale o regionale.

Risulta necessaria, quindi, nel caso di filiali in territorio spagnolo, la creazione di un "corpo di controllo interno" o, quanto meno, una verifica interna relativa alle reali capacità del Global/ Regional *Compliance Officer* di monitorare efficaciemente il modello di *Compliance* della filiale.

ESCURA

Conclusioni

Lo studio legale **Bufete Escura** offre una vasta serie di servizi di Compliance indirizzati ad imprese spagnole e straniere, tra i quali:

- Realizzazione di modelli di Compliance che includono l'analisi dei rischi penali in base ai reati previsti dal codice penale spagnolo, creazione di un canale di "denuncia" adeguato alla normativa spagnola e formazione del personale.
- Creazione dell'Organo interno di Vigilanza più adeguato alla realtà societaria, redazione del regolamento interno e formazione specifica dei suoi componenti.
- Consulenza esterna all'Organo di Vigilanza o consulenza interna come membro.

Bufete Escura, come membro delle reti **TagLaw, Interlegal e Hispajuris**, rappresenta un punto di riferimento nazionale e internazionale nella consulenza ed elaborazione di sistemi di Compliance in Spagna.

Bufete Escura ha al suo interno un **Italian Desk** formato da professionisti italiani e spagnoli specializzati nell'assistenza a favore delle aziende italiane in Spagna, con un'ampia conoscenza della normativa sia italiana, sia spagnola.

I professionisti dell'Italian Desk di Bufete Escura:

Fernando Escura Serés
Avvocato
Socio-Direttore Bufete Escura

Enzo Colarossi
Avvocato
Coordinatore Italian Desk
Bufete Escura

Jacopo Edoardo Cortinovis
Avvocato
Italian Desk Bufete Escura

Silvia Pillon
Amministrativa
Italian Desk Bufete Escura

Certificati di Qualità: AENOR ER Empresa Registrada UNE-EN ISO 9001 · IQNet Certified Management System

Ranked in: Best Lawyers® The World's Premier Guide · CHAMBERS AND PARTNERS · IFLR1000

ESCURA

C/ Londres, 43
08029 Barcelona
Tel. (0034) 93 494 01 31
Fax. (0034) 93 321 74 89
e-mail: escura@escura.com
www.escura.com

Certificati di Qualità: AENOR Empresa Registrada UNE-EN ISO 9001 · IQNet

Ranked in: Best Lawyers® THE WORLD'S PREMIER GUIDE · CHAMBERS AND PARTNERS · IFLR1000