

LUGLIO 2012

D.Lgs. 231/2001 AGGIORNAMENTO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE

A cura del Dipartimento italiano
Corporate

Alessandro De Nicola
adenicola@orrick.com
Ivan Rotunno
irotonno@orrick.com

Si riporta di seguito una breve rassegna dei provvedimenti maggiormente significativi in materia di responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. 231/2001.

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

La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto all'indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter.

DDL ANTICORRUZIONE

Il 14 giugno 2012 la Camera dei Deputati ha approvato con modifiche il testo del Disegno di Legge recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*” (di seguito anche, “DDL”) già approvato nel giugno 2011 dal Senato ed al quale è stato ritrasnesso lo scorso 5 luglio.

In attesa che il Senato approvi (o modifichi con nuovo rinvio) il testo definitivo, il DDL avrà delle rilevanti ripercussioni sul D.Lgs. 231/2001 e, conseguentemente, sul sistema di controllo interno introdotto dallo stesso.

In particolare, l’art. 21 del DDL, rubricato “*Modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*”, stabilisce che il catalogo dei reati cd. presupposto della responsabilità amministrativa degli enti venga integrato con i nuovi reati di “*induzione indebita a dare o promettere utilità*” di cui all’art. 319-quater c.p.¹ e di “*corruzione tra privati*” nei casi previsti dal terzo comma del nuovo art. 2635 del codice civile².

¹“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni.

Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni”.

² Il vigente articolo 2635 del codice civile verrebbe sostituito dal seguente: “*Art. 2635. - (Corruzione tra privati). – Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a*

COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE NEL PROCEDIMENTO EX D.LGS. 231/2001

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA - SENT. 12 LUGLIO 2012

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza C-79/11 del 12 luglio 2012, ha ritenuto conforme ai principi comunitari in materia di tutela delle vittime di reati nel processo penale la normativa italiana (e la conseguente applicazione giurisprudenziale) che non ammette la costituzione di parte civile nel procedimento ex D.Lgs. 231/2001 contro le persone giuridiche.

La Corte, dopo essersi dichiarata competente sulla questione preliminare sollevata dal G.I.P. del Tribunale di Firenze nel corso di un procedimento instaurato per un reato ex art. 25-*septies* contro due società nel corso del quale le vittime degli illeciti avevano chiesto di essere autorizzate a costituirsi parte civile, ha stabilito che *“l'articolo 9, paragrafo 1, della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, deve essere interpretato nel senso che non osta a che, nel contesto di un regime di responsabilità delle persone giuridiche come quello in discussione nel procedimento principale, la vittima di un reato non possa chiedere il risarcimento dei danni direttamente causati da tale reato, nell'ambito del processo penale, alla persona giuridica autrice di un illecito amministrativo da reato”*.

DEFINIZIONE DI INFORMAZIONE PRIVILEGIATA

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA - SENT. 28 GIUGNO 2012

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza C-19/11, del 28 giugno 2012, si è pronunciata in materia di informazioni privilegiate, fornendo un interessante spunto interpretativo sul concetto di precisione dell'informazione.

In particolare, il caso sottoposto all'attenzione della Corte, richiesta di esprimersi in forza di rinvio pregiudiziale operato dalla Corte di Giustizia Federale tedesca, riguardava la controversia tra una società tedesca quotata accusata da un suo investitore/azionista di aver divulgato tardivamente le informazioni attinenti alle dimissioni anticipate del presidente del suo direttorio.

Quest'ultimo aveva comunicato al presidente del consiglio di sorveglianza della società la propria volontà di dimettersi in data 17 maggio 2005 mentre la società ha diffuso l'informazione al pubblico solo due mesi dopo, il 28 luglio 2005. Questa notizia si è poi ripercossa sull'andamento del titolo causandone un notevole aumento del quale l'azionista non aveva potuto beneficiare avendo ormai già venduto il proprio pacchetto prima della diffusione della decisione circa le dimissioni e, di conseguenza, sostenendo di aver subito un danno economico ingente.

seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni”.

In senso contrario rispetto la ricostruzione fornita dall'azionista si era espresso il Tribunale di Stoccarda che aveva considerato come momento idoneo ad incidere sul prezzo dell'azione di tale società il giorno 28 luglio 2005, data in cui il consiglio di sorveglianza della società aveva fissato la fine del mandato del presidente dimissionario. Proseguiva poi lo stesso Tribunale sostenendo che la decisione era divenuta sufficientemente probabile solo il giorno prima, quando il comitato di presidenza aveva deciso di proporre al consiglio di sorveglianza la questione. Di conseguenza, solo a partire da quel momento sarebbe esistita un'informazione privilegiata.

La Corte di Giustizia, analizzando il rinvio, ha avuto modo di precisare che l'art. 1, par. 1, Direttiva 2003/124/CE, non definisce l'evento o il complesso di circostanze cui deve riferirsi l'informazione per essere considerata precisa. La nozione va quindi ricercata nel suo significato comune, che può ben ricomprendere una fase intermedia di una fattispecie complessa, come quella oggetto della controversia. Se così non fosse, e quindi si negasse il carattere "preciso" a queste informazioni, si rischierebbe di pregiudicare gli obiettivi della normativa: assicurare l'integrità dei mercati e accrescere la fiducia degli investitori.

Di conseguenza, la Corte conclude nel senso che *"in una fattispecie a formazione progressiva diretta a realizzare una determinata circostanza o a produrre un certo evento, possono costituire informazioni aventi un carattere preciso (...) non solo la detta circostanza o il detto evento, bensì anche le fasi intermedie di tali fattispecie"*.

PRESUPPOSTO DELLA RESPONSABILITÀ EX D.LGS. 231/2001

CORTE DI CASSAZIONE – Sent. n. 26188/12 del 5 luglio 2012

La Corte di Cassazione Penale si è pronunciata in materia di responsabilità amministrativa degli enti, ai sensi del D.Lgs. 231/2001, con sentenza n. 26188, depositata in data 5 luglio 2012.

Il provvedimento oggetto del giudizio riguardava una A.T.I., aggiudicataria di un appalto per lo smaltimento dei rifiuti in Campania, nei confronti della quale il GIP del Tribunale di Napoli (ord. 26/6/2007) aveva applicato in via cautelare la misura interdittiva ex art. 45 D.Lgs. 231/2001 del divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione per un anno (limitatamente alle attività di smaltimento, trattamento e recupero energetico) ed il sequestro preventivo di circa € 300 milioni di tariffa già pagata, funzionale alla futura confisca del profitto, stimabile in € 750 milioni.

Le società aderenti all'A.T.I. impugnavano il provvedimento con ricorso per Cassazione. Sul tema già si espressero le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza del 27 marzo 2008 che, annullando l'ordinanza del Tribunale, chiarirono la distinzione tra profitto confiscabile (i.e. il vantaggio economico derivante direttamente da reato) da quello non confiscabile (i.e. il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte e da questa accettata).

Il Tribunale, recependo tale principio di diritto, ritenne di non poter applicare al caso di specie l'indicata distinzione e, pertanto, non giudicò colpevole le società. Tale pronuncia veniva confermata anche in Cassazione con sentenza del 16/4/2009. Il PM impugnava nuovamente tali pronunce sulla base di nuovi elementi probatori che sosteneva non fossero

stati considerati dal Tribunale e dai quali emergeva uno schema finalizzato alla fraudolenta violazione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti della Pubblica Amministrazione appaltante.

La Suprema Corte, con la pronuncia in esame, dopo aver precisato che non è accettabile l'«*assimilazione del cattivo adempimento della prestazione contrattuale al carattere penalmente illecito delle entrate da essa derivanti*», ha rigettato la tesi del PM chiarendo che per integrare gli estremi della responsabilità dell'ente ex D.Lgs. 231/2001 non è sufficiente accertare l'inadempimento delle obbligazioni assunte nei confronti della Pubblica Amministrazione, per quanto l'inadempimento sia stato grave e consapevole.

INTERESSE, VANTAGGIO E PROFITTO

TRIBUNALE DI NOCERA INFERIORE – Ordinanza del 14 ottobre 2011

Il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Nocera, con l'ordinanza del 14 ottobre 2011, ha chiarito alcuni possibili dubbi interpretativi riguardanti il D.Lgs. 231 del 2001.

Il provvedimento riguarda due società che commercializzano prodotti petroliferi soggetti a imposta di consumo, accusate di aver posto in essere condotte associative allo scopo di evadere gli obblighi tributari.

In via preliminare il GIP definisce destituita da ogni fondamento l'eccezione mossa dagli imputati in merito alla improcedibilità diretta e autonoma contro le società rispetto a quella delle persone fisiche coinvolte per le fattispecie di reato oggetto di contestazione in quanto non rientranti nel novero dei cd. reati presupposto del D.Lgs. 231/2001. Infatti chiarisce che *“trattandosi di associazioni per delinquere impegnate in attività criminali che in parte si svolgevano anche al di fuori del territorio nazionale e con la partecipazione di complici del luogo, a loro volta aggregati al sodalizio, sussistono senz'altro i presupposti richiesti dalla normativa in esame (n.d.a. il D.Lgs. 231/2001) per l'attribuzione di una corrispondente responsabilità amministrativa a carico degli enti”*.

Il provvedimento contiene, inoltre, interessanti spunti in tema di interesse, vantaggio e profitto.

Il Giudice ha innanzitutto ribadito l'opinione corrente riguardo alle nozioni di “interesse” e “vantaggio”, richiamate dall'art. 5 del decreto. I due concetti non vanno considerati come sinonimi l'uno dell'altro, ma sono due requisiti distinti: il primo si riferisce a un interesse esistente *ex ante*, indipendente dall'effettivo raggiungimento dello scopo, mentre il secondo si riferisce a un vantaggio concretamente conseguito *ex post*, anche a prescindere da un eventuale interesse a monte.

Il GIP ha inoltre sottolineato la necessità di distinguere tra detti requisiti e il concetto di “profitto” del reato. E' infatti perfettamente ipotizzabile che un soggetto attui una condotta penalmente rilevante, mosso da interesse diverso *«da quello della mera partecipazione alla divisione degli utili immediatamente derivanti dall'illecito»*. Questa interpretazione è coerente con il fine del D.Lgs. 231/2001, il quale esclude la responsabilità dell'ente soltanto nel caso in cui i soggetti ex art. 5, 6, 7 abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

L'ordinanza tratta anche della nozione stessa di “profitto”, da intendersi come concetto ampio e dinamico, tale da ricomprendere i vantaggi economici legati al reato da un nesso causale non necessariamente immediato. Questi benefici possono infatti essere *“costituiti anche dal vantaggio di posizione sul mercato che le società hanno acquisito facendo ricorso a condotte illecite, fino ad assumere un ruolo di sostanziale monopolio”*.

Infine, il Giudice specifica che il principio solidaristico sancito dall'art. 187 c.p. è del tutto coerente con il principio di personalità della responsabilità penale. Di conseguenza non ravvisa illegittimità di sorta nel fatto che il concorrente nel reato possa rispondere dell'intero profitto, ricavato dall'insieme degli autori, e non soltanto della quota di sua eventuale spettanza, e che i suoi beni vengano sottoposti a un sequestro che abbia come riferimento quindi l'intero profitto.

IDONEITÀ DEL MODELLO ORGANIZZATIVO E FRAUDOLENTA ELUSIONE

CORTE DI APPELLO DI MILANO – Sent. 1824 del 18 giugno 2012

Con sentenza depositata il 18 giugno 2012, la Corte d'Appello di Milano si occupa nuovamente della vicenda Impregilo, relativo ad un caso di aggio imputato ai vertici della società, e del tema dell'idoneità del modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 da quest'ultima adottato.

Il PM, impugnando il passaggio della sentenza del Tribunale che lo scorso novembre aveva ritenuto idoneo il modello organizzativo a esimere la società dalla responsabilità amministrativa, riteneva errato il percorso motivazionale del Tribunale sostenendo che il modello non poteva *“essere considerato idoneo ed efficace solo perché l'ente nella sua elaborazione ha seguito le indicazioni fornite dalle linee guida di Confindustria; infatti ciò che conta è l'attuazione del modello, e non la sua configurazione sulla carta”*. Pertanto, il PM affermava che il modello era inidoneo alla prevenzione del reato, in quanto non applicato efficacemente, e perciò la responsabilità amministrativa degli illeciti doveva ricadere sull'ente.

La Corte, concordando sul fatto che per ritenere inefficace il modello organizzativo bisogna procedere ad un'analisi approfondita dei principi dallo stesso menzionati, ha comunque ritenuto idoneo ed efficace il modello adottato da Impregilo perché:

- i) conforme all'art. 6 D.Lgs 231/2001;
- ii) redatto nel rispetto delle linee guida di Confindustria.

La Corte ha, infatti, ribadito che la commissione del reato non può rappresentare di per sé solo la prova che il modello predisposto mancasse della necessaria efficacia preventiva. Occorre, invece, valutare quali circostanze, comportamenti e motivazioni abbiano agevolato il compimento del reato stesso.

Alla luce di quanto sopra e dopo aver indicato tutti i presidi procedurali indicati nel modello al fine di prevenire il reato di aggio, conclude che, nel caso in questione, *«se si fosse seguita la procedura prevista dal modello, sarebbe stato impossibile per gli imputati attuare il loro proposito (...)»*. Di conseguenza, i reati non sono stati commessi per l'inefficacia del modello ma unicamente a causa dell'elusione fraudolenta dei principi e dei protocolli nello stesso contenuti. Per tutte queste ragioni l'ente non può essere considerato responsabile.