

APRILE 2013

D.Lgs. 231/2001 AGGIORNAMENTO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE

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

ENTI STRANIERI

TRIBUNALE DI MILANO – Sent. n. 13976/12

Con la sentenza n. 13976 del 19 dicembre 2012, depositata in Cancelleria il 4 febbraio 2013, il Tribunale di Milano, Sezione IV Penale in composizione monocratica nella persona del Dott. Oscar Magi ha condannato nove funzionari di quattro istituti bancari stranieri per truffa aggravata in concorso ai danni del Comune di Milano ai sensi degli artt. 640 comma 2 n. 1 e 61 n. 7 c.p.. Il reato sarebbe collegato a una serie di operazioni finanziarie che hanno visto il Comune di Milano investire in strumenti finanziari derivati al fine di riparare a una situazione negativa di bilancio, operazioni nelle quali le quattro banche avrebbero avuto il ruolo di “arrangers” (ricevendo quindi l’incarico di strutturare e negoziare il finanziamento). La commissione del reato di truffa così come contestato dal P.M. sarebbe sorta dalla falsa certificazione, da parte dei funzionari delle banche, delle condizioni previste dall’art. 41 L. 28 dicembre 2001, n. 488,¹ che permette agli enti locali di ricorrere all’indebitamento solo al fine di fare investimenti e che limita significativamente la tipologia di strumenti

A cura del Dipartimento italiano
Corporate

Alessandro De Nicola
adenicola@orrick.com
Ivan Rotunno
ivotunno@orrick.com
Sira Franzini
sfranzini@orrick.com

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.

¹ “ Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” (Legge finanziaria 2002). L’articolo 41, rubricato “Finanza degli Enti territoriali”, rientra nel capo dedicato alla gestione del debito pubblico e disciplina le forme di finanziamento che possono essere utilizzate dagli enti territoriali, tra i quali i Comuni.

finanziari utilizzabili. Gli stessi condannati avrebbero omesso di fornire informazioni complete al Comune di Milano circa i profitti che le banche avrebbero tratto dall'operazione (stimato in circa 52 milioni di euro).

Nella ricostruzione della responsabilità 231 delle banche, il giudice procede per gradi individuando nel caso *de quo*: 1) la sussistenza dell'applicabilità della responsabilità 231 ex art. 1, in quanto le banche seppur straniere operavano in Italia;² 2) la commissione del reato da parte di soggetti non apicali, nell'esercizio dei propri compiti e funzioni e non nell'esclusivo vantaggio o interesse proprio o di terzi.

A fronte della condotta fraudolenta dei funzionari, della considerazione che essi hanno *“agito in virtù di un rapporto di immedesimazione organica”* con l'ente di appartenenza e *“per conto dell'interesse”* dello stesso, il P.M. aveva richiesto al giudice di condannare le quattro banche per gli illeciti amministrativi previsti e puniti dagli art. 21 e 24 comma 1 e 2, D.Lgs. 231/2001. La responsabilità degli enti bancari ex D.Lgs. 231/2001 sarebbe sorta per non avere, prima della commissione dei fatti ascritti e contestati alle persone che hanno agito in virtù di un rapporto di immedesimazione organica con l'ente, adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione di gestione che fossero *“idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi, con ciò traendo dalla condotta delittuosa dei predetti, i quali hanno agito per conto dell'interesse dell'ente, un profitto di rilevante entità”*.

E' quindi importante notare che, sebbene tutte le società condannate fossero dotate di modelli di organizzazione e di gestione, il giudice ha però definito i medesimi idonei solo in astratto a prevenire fatti come quelli avvenuti e in alcun modo idonei a impedire reati di truffa ai danni di enti pubblici. Il giudice si è spinto fino a definire la loro adozione come *“un'attenta preconstituzione di alibi”* per i funzionari di grado superiore per quanto eventualmente commesso da *sellers* o *traders* nella stipulazione dei contratti. *“In particolare, l'unica procedura in vigore al momento dei fatti di cui si tratta e che avrebbe potuto avere qualche rilevanza in questo procedimento, è quella relativa al corretto trattamento dei clienti ed alla loro classificazione, che tuttavia, pur sussistente, non indica alcuna misura idonea a prevenire eventi illegittimi, o comunque eventualità di scorretto trattamento, mentre i codici etici contengono soltanto un generico divieto di fatti illeciti, non seguito da alcuna procedura idonea al controllo o all'impedimento degli stessi”*.

GRUPPI DI SOCIETA'

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 4234/13

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4324 depositata il 29 gennaio 2013, si è pronunciata sul funzionamento della responsabilità 231 nei gruppi di imprese nell'ambito di un procedimento per aggioaggio cd. *“operativo o manipolativo in strumenti finanziari”* a carico di un gruppo bancario italiano ex art. 2637 c.c., commesso mediante acquisti ripetuti in giorni ravvicinati di azioni privilegiate della stessa capogruppo da parte di

² Il giudice richiama in particolare la posizione del G.i.p. Salvini nel processo Siemens (Ordinanza del Trib. Milano 27 aprile 2004); e del G.i.p. Tacconi in uno dei filoni del processo Parmalat (Ordinanza del Trib. Milano 13 giugno 2007).

una società controllata, tali da produrre un anomalo rialzo della valutazione dei titoli. Dopo aver provocato il rialzo del titolo nel modo descritto, una holding che deteneva un pacchetto consistente di azioni della banca ha proceduto alla vendita di parte delle azioni realizzando un profitto di 500.000 Euro.

La Corte ha rilevato nella decisione che: 1) la responsabilità 231 opera anche nell'ambito di gruppi di imprese, 2) che la società capogruppo può *“rispondere per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata laddove il soggetto agente abbia perseguito anche un interesse riconducibile alla prima”* (in questo caso, dallo schema sopra descritto emerge che l'utilità della banca sta nell'aver visto aumentare il valore del proprio titolo quotato in Borsa).

REATI TRIBUTARI E 231

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 1256/13

Con la sentenza n. 1256 depositata il 10 gennaio 2013, la Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso del Pubblico Ministero contro l'ordinanza del Tribunale del riesame di Milano che aveva disposto il dissequestro nei confronti di un istituto bancario di 245 milioni di Euro, denaro oggetto di confisca per equivalente per il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte commesso da alcuni amministratori di una banca (art. 3 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74). Nel confermare la posizione per cui la confisca per equivalente è generalmente applicabile al profitto dei reati tributari, la Corte ha poi chiarito che, in caso di reato tributario commesso dagli amministratori di una società, i beni della stessa sono sequestrabili solo nel caso in cui la società sia uno schermo fittizio. Nel caso di specie, non essendo la società uno schermo utilizzato dagli amministratori ai fini evasivi, non è possibile applicare la confisca perché i reati tributari non rientrano tra i reati per cui è prevista la responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. 231/2001.

La Corte ha infatti affermato che: *“senza dubbio gli illeciti penali tributari non figurano nel novero dei reati presupposto che, commessi da soggetti apicali o subordinati della persona giuridica, nell'interesse e a vantaggio della stessa, danno luogo a responsabilità dell'ente da reato in base al decreto legislativo n. 231 del 2001, circostanza che consentirebbe di ricorrere allo strumento della confisca per equivalente per l'ammontare del prezzo o del profitto del reato sul patrimonio dell'ente collettivo, strumento previsto dall'art. 19 del citato decreto legislativo”*.

IL PROFITTO NEI REATI 231

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 13061/13

Con la sentenza resa il 19 marzo 2013 – e depositata il 21 marzo 2013 – la Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha annullato con rinvio l'ordinanza del 22 novembre 2012 del Tribunale del Riesame di Pistoia, con la quale lo stesso aveva confermato in appello un provvedimento cautelare del G.i.p. a carico di una società

cooperativa indagata di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di reati contro la Pubblica Amministrazione (in particolare, i reati sarebbero stati volti all'aggiudicazione di appalti pubblici). Il Giudice per le Indagini Preliminari, unitamente all'emissione di provvedimenti cautelari coercitivi nei confronti degli individui indagati della commissione di tali reati a favore della società, aveva disposto a carico della medesima la misura cautelare interdittiva di contrattare con la P.A. nel territorio di due regioni italiane, ai sensi dell'art. 13 co. 1 del D.Lgs. 231/2001. Secondo un ragionamento condiviso dai giudici di secondo grado, il G.i.p. aveva dapprima rilevato che i reati contro la P.A. rientrano nell'ambito dei reati per i quali il D.Lgs. 231/2001 prevede l'applicazione di misure cautelari interdittive. In considerazione di ciò egli aveva poi ritenuto sussistente, in via presuntiva, una delle due condizioni previste dall'art. 13 per l'emissione di tali sanzioni, segnatamente quella del *"profitto di rilevante entità"* del reato oggetto di indagine di cui al punto a) del comma 1.

La ragione dell'annullamento dell'ordinanza da parte della Suprema Corte risiede negli errati criteri con i quali i giudici d'appello avevano deciso di determinare l'entità del profitto del reato ai fini dell'applicazione dell'art. 13 D.Lgs. 231/2001. Il collegio ha voluto specificare che il riferimento al concetto di profitto di cui all'art. 13 D.Lgs. 231/2001 si distingue da quello compiuto nelle disposizioni del Decreto in tema di confisca del prodotto da reato, la cui funzione è assicurare allo Stato i proventi degli illeciti di una società. Il profitto, nella disposizione in oggetto, è invece semplice elemento normativo scelto dal legislatore come metro della gravità dell'illecito e presupposto, qualora tale indicatore superi la soglia della *"rilevante entità"*, dell'applicazione delle sanzioni interdittive temporanee. E' quindi corretto misurare l'entità del profitto – e di riflesso il disvalore dell'illecito – non limitandosi a considerare l'utile netto effettivo del reato, ma prendendo in esame anche altre forme di vantaggio economico conseguenti alla condotta illecita. Da queste ultime la Corte ha però escluso i crediti maturati a favore della Società a seguito delle operazioni imputate stabilendo che *“La ricordata locuzione della legge (nda. l'art. 13 D.Lgs. 231/2001) fa infatti chiaro riferimento a qualcosa che sia già stato concretamente incamerato dalla Società. E se, in fase cautelare, può ritenersi che non occorra la prova piena di tale incameramento è comunque necessario che a tale conclusione possa pervenirsi in termini di gravità indiziaria. All'uopo non può evidentemente bastare la mera individuazione di crediti, in ordine ai quali, per definizione, è escluso l'effettivo conseguimento del dovuto”*.