

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.

A cura del Dipartimento italiano
Corporate

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

ORGANISMO DI VIGILANZA

TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO – Sent. n. 9258/12

Il Tribunale di Milano, con sentenza pubblicata il giorno 8 agosto 2012, negando la pretesa di pagamento di un membro monocratico dell'Organismo di Vigilanza ("OdV") di una società, offre interessanti spunti di riflessione. Innanzitutto, dopo aver negato la natura di organo sociale dell'OdV, il Tribunale si sofferma sul tema dell'onerosità dell'incarico. Sul punto viene precisato che *“la stessa indipendenza e l'autonomia dell'organismo (di vigilanza) suggeriscono l'onerosità dell'incarico conferito alle persone che lo compongono, atteso che da un lato l'eventuale gratuità all'evidenza non favorirebbe la massima diligenza nel suo espletamento e dall'altro lato l'indipendenza e autonomia dall'ente sono certamente meglio assicurate quando si estendano anche all'aspetto finanziario”*. Il Tribunale prosegue rilevando che *“l'organismo in questione, proprio alla luce della lettera dell'art. 6 (del D.Lgs. 231/2001), non può esaurire la sua funzione unicarmente con la nomina e la sua semplice esistenza, bensì è richiesto concretamente e fattivamente ‘di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli’ e di ‘curare il loro aggiornamento”*. Pertanto, l'OdV matura il proprio diritto al compenso solo in caso di effettiva esecuzione della prestazione. Interessante è il parametro di riferimento a cui il Tribunale

ricorre per valutare l'attività svolta. Viene, sul punto, citata l'opinione rilasciata dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commerciali, che indica quali attività tipiche dell'OdV:

- a) La vigilanza sulla rispondenza fra l'astratta previsione contenuta nel modello e i comportamenti concretamente tenuti dai soggetti obbligati a rispettarlo;
- b) La valutazione circa la capacità del modello di prevenire comportamenti illeciti verificandone la stabilità;
- c) Il monitoraggio sul modello nel tempo onde verificare che esso mantenga i requisiti di validità;
- d) L'aggiornamento del modello qualora i risultati delle analisi ne giustificano variazioni o adeguamenti.

Il Tribunale ha concluso escludendo che la determinazione del compenso per i componenti dell'OdV, deliberata dal CdA della diversa società controllante, risultasse applicabile all'attore, in quanto relativa non solo a una diversa società, ma anche a diversi componenti del nuovo organismo di vigilanza.

Spunti redazionali per il Modello organizzativo

Indicare durata e onerosità dell'incarico all'organismo di vigilanza sia nel modello di organizzazione e gestione sia nel verbale del consiglio di amministrazione che provvede alla sua nomina.

INTERESSE DELL'ENTE

TRIBUNALE DI PINEROLO – Sent. n. 309/12

Con sentenza depositata il 26 novembre 2012, il Tribunale di Pinerolo ha escluso la responsabilità di una società di produzione di parti e accessori per autoveicoli per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25-*septies* del D.Lgs. 231/2001, in relazione al reato di lesioni personali colpose gravi aggravate dalla violazione della normativa anti-infortunistica (art. 590 c.p.). Il giudice ha ritenuto insussistente il requisito della commissione del reato a vantaggio della società di cui all'art. 5 del D.Lgs. 231/2001, in quanto la società:

- a) aveva provato di aver fortemente investito in programmi di ristrutturazione del sito industriale e, di conseguenza, mancava il risparmio economico in ambito di sicurezza;
- b) era “*dotata di un modello di organizzazione e di gestione adottato prima dell'infortunio corrispondente ai canoni di cui all'art. 6 D.Lgs. 231/2001, disciplinando adeguatamente il tema della sicurezza sul lavoro*”.

INTERESSE DELL'ENTE

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 40380/12

Con la sentenza n. 40380, depositata il 15 ottobre 2012, la Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha annullato con rinvio una sentenza della Corte d'Appello di Roma che aveva confermato la responsabilità amministrativa di una società sportiva ex artt. 25-ter e 69 del D.Lgs. 231/2001 per i reati di false comunicazioni sociali nella redazione del bilancio, in relazione alle operazioni di vendita di due calciatori.

Pur ammettendo che la lettura delle voci di bilancio sotto accusa rivelasse in astratto la ricerca di un guadagno illecito dell'ente a mezzo di evasione fiscale, la Corte ha cassato la decisione di secondo grado per aver insufficientemente motivato la sussistenza di questo interesse in capo alla società nel caso concreto. La Cassazione è intervenuta così a chiarire che il requisito dell'interesse della società nell'atto illecito commesso dai suoi organi apicali, di cui all'art. 5 del D.Lgs. 231/2001, si configura come una condizione essenziale per l'affermazione della responsabilità amministrativa dell'ente, definendolo come una *“tensione che deve esperirsi in un piano di oggettività, concretezza ed attualità, sì da potersi apprezzare in capo all'ente, pur attenendo alla condotta dell'autore del fatto, persona fisica”*. Un'insufficiente o carente illustrazione del vantaggio – potenziale o acquisito – della società non basta a supportare una condanna ex D.Lgs. 231/2001.

La Corte ha inoltre censurato la decisione per l'assenza di adeguate giustificazioni a sostegno della determinazione di inadeguatezza del modello organizzativo assunto dalla società, altro elemento essenziale per l'affermazione di responsabilità ex D.Lgs. 231/2001.

SANZIONABILITÀ EX 231/2001

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 44824/12

Con la sentenza n. 44824, depositata il 15 novembre 2012, la Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione è intervenuta in tema di sanzionabilità ex D.Lgs. 231/2001 di una impresa dichiarata fallita. Il Giudice dell'Udienza Preliminare di Roma aveva disposto il non luogo a procedere nei confronti di una società in fallimento, imputata degli illeciti amministrativi di cui agli artt. 25-ter lett. s), e 25-sexies del D.Lgs. 231/2001 in relazione al reato di ostacolo all'esercizio di funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, commesso dagli allora amministratori *“a vantaggio e interesse della società”*, giustificando tale decisione sulla base della considerazione che il sopraggiungere del fallimento avrebbe fatto cadere la società in uno *“stato di quiescenza assimilabile alla morte della persona fisica”*. Secondo il GUP, questa circostanza consentiva di applicare in analogia le norme sull'estinzione del

reato per morte del reo e, di conseguenza, di considerare estinto l'illecito presupposto dalla responsabilità ex D.Lgs. 231/2001.

La Cassazione, che ha deciso per l'annullamento con rinvio della decisione del GUP, ha richiamato una sua precedente posizione (Cass. Pen. 24 maggio 2004, n. 29951) secondo la quale il fallimento non causa l'estinzione formale della società, essendo necessario a tale scopo un atto formale di cancellazione da parte del curatore fallimentare.

Alla luce di quanto sopra, la sanzione amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 non si estingue, non rilevando ai fini della sua validità l'eventuale impossibilità o difficoltà di recupero del credito per insufficienza dell'attivo.