

AGOSTO 2014

Si riporta di seguito una breve rassegna dei provvedimenti normativi, regolamentari e giurisprudenziali maggiormente significativi in materia di diritto societario.

A cura del Dipartimento italiano
Corporate

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

FOCUS REGOLAMENTARE

NUOVO CRITERIO ATTRIBUTIVO DEL RATING DI LEGALITA'

Delibera AGCM del 5 giugno 2014, n. 24953

Il 4 luglio 2014 è entrato in vigore il nuovo “Regolamento attuativo in materia di rating di legalità”, adottato con delibera dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) del 5 giugno 2014, n. 24953, rettificata successivamente per una mera irregolarità con ulteriore delibera del 17 luglio 2014.

La disciplina sul rating di legalità è stata introdotta in esecuzione dell’art. 5-ter D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), il quale assegnava all’AGCM una serie di compiti con l’obiettivo di “*promuovere l’introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali*”. Tra tali compiti vi era quello di procedere “*alla elaborazione ed all’attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità delle imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza*”. Il Rating di legalità rappresenta quindi un indicatore, stabilito dalla legge, del rispetto della legalità e dei principi etici aziendali da parte delle aziende ed è inteso quale strumento premiale per quelle aziende che adottano comportamenti virtuosi nell’ambito della propria organizzazione e del quale “*si tiene anche conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario*”.

Il Regolamento attuativo, emanato nella sua prima versione nel 2012 (delibera AGCM del 14 novembre 2012, n. 20075), è stato oggetto di un’ordinanza del Consiglio di Stato del 31 luglio 2013, n. 2947, con la quale il Collegio ha chiesto all’AGCM di inserire il profilo della tutela dei consumatori come ulteriore criterio rilevante per l’attribuzione del rating di legalità. In ossequio alle indicazioni del Consiglio di Stato, l’Autorità ha introdotto tale criterio addizionale all’art. 2, co. 2, lett. d-bis), il quale impone ora ad un’azienda che voglia accedere al rating di “*non essere destinataria di provvedimenti di condanna dell’Autorità per pratiche commerciali scorrette, ai sensi dell’art. 21, commi 3 e 4 del codice del consumo e di provvedimenti di condanna per inottemperanza a quanto disposto dall’Autorità, ai sensi dell’art. 27, comma 12 del codice del consumo, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating*”. Tale requisito si aggiunge agli altri già indicati dal Regolamento come condizioni per ottenere il punteggio base del rating di legalità, i quali, lo ricordiamo, sono:

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) l'assenza di misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali, ovvero di condanne penali a carico dell'imprenditore individuale o dei vertici aziendali, nel caso si tratti di impresa collettiva (art. 2, co. 2, lett. a) e b));
- 2) l'assenza di condanne per gli illeciti amministrativi dipendenti dal reato a carico dell'impresa ai sensi del D. Lgs. 231/2001 (art. 2, co. 2 lett. c));
- 3) l'assenza di condanna dell'Autorità e della Commissione europea per illeciti antitrust gravi (art. 2, co. 2 lett. d));
- 4) l'assenza di accertamenti definitivi del mancato rispetto dell'obbligo di pagamento di imposte e tasse ((art. 2, co. 2 lett. e));
- 5) l'assenza di accertamenti definitivi per violazioni in tema di salute e sicurezza sul luogo di lavoro e in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi relativi ai lavoratori ((art. 2, co. 2 lett. f));
- 6) la pratica di effettuare pagamenti e transazioni finanziarie di ammontare superiore alla soglia di mille euro esclusivamente per il tramite di strumenti di pagamento tracciabili ((art. 2, co. 2 lett. g));
- 7) l'assenza di provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici ((art. 2, co. 2 lett. h)).

Sulla base degli specifici requisiti di cui sopra le aziende accedono al rating con l'attribuzione di una "stellina". L'art. 3 indica quindi sei ulteriori condizioni che permettono alle imprese di aumentare tale punteggio base, sino ad un massimo di 3 "stelline".¹

L'entrata in vigore del nuovo Regolamento, oltre ad introdurre un requisito minimo aggiuntivo per ottenere il rating, incide sul processo valutativo che compie l'AGCM nel riconoscerlo: ai sensi del modificato art. 3, co. 2, lett. f), l'Autorità deve infatti tenere in considerazione se l'impresa ha "aderito a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria" o ha "previsto clausole di mediazione, quando non obbligatorie per legge, nei contratti tra imprese e consumatori per la risoluzione di controversie" ovvero ha "adottato protocolli tra associazioni di consumatori e associazioni di imprese per l'attuazione delle conciliazioni paritetiche".

Da ultimo si ricorda che l'introduzione del rating ha comportato un'ulteriore adempimento in capo alle banche, le quali hanno l'obbligo di motivare adeguatamente qualora omettano di tener conto del *rating* in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese (art. 5-ter D.L. 24 marzo 2012, n. 29).

FOCUS GIURISPRUDENZIALE

REATI SOCIETARI

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. V - 7 luglio 2014 n. 29605

La Sezione V Penale della Corte di Cassazione si è pronunciata su un caso di appropriazione indebita - aggravata dal danno di rilevante entità e dalla commissione a mezzo di abuso d'ufficio - nel quale risultava altresì configurato il reato di "omessa

¹Tali criteri sono: a) il rispetto dei contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria, delle linee guida che ne costituiscono attuazione, del Protocollo sottoscritto dal Ministero dell'Interno e dalla Lega delle Cooperative, e a livello locale dalle Prefetture e dalle associazioni di categoria; b) l'utilizzo di sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge; c) l'adozione di una struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa o un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001; d) l'adozione di processi per garantire forme di *Corporate Social Responsibility*; e) l'iscrizione ad uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa; f) l'adesione a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria.

comunicazione del conflitto di interessi”, punito dall’art. 2629-bis c.c.. Questo articolo condanna la violazione, da parte dell’amministratore o del componente del consiglio di gestione di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell’Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante, ovvero di un soggetto sottoposto a vigilanza, degli obblighi previsti dall’articolo 2391, co. 1 c.c., se dalla violazione siano derivati danni alla società o a terzi. L’art. 2391, co. 1 c.c. richiamato dispone che *“l’amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l’origine e la portata”*.

Nel caso analizzato, due membri del Consiglio di Amministrazione di una banca avevano concesso a due società clienti mutui ipotecari o chirografari, fidi, anticipi su fatture e altre agevolazioni, senza che ne ricorressero i presupposti di solvibilità o di corretto andamento bancario, con conseguenti danni per la banca a seguito del mancato rientro delle relative esposizioni. Il motivo di tali agevolazioni immotivate risiedeva nel fatto che le società in questione erano clienti di una terza società di consulenza, della quale i due membri del CdA della banca erano rispettivamente socio accomandatario e collaboratore di fatto.

Alla luce di quanto sopra e dopo aver accertato la sussistenza delle condotte incriminate da parte degli imputati, la Corte ha chiarito che per configurare il reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi è necessario che si verifichi un danno alla società o a terzi.

La Corte prosegue osservando che a nulla vale la circostanza che i crediti della banca fossero garantiti, in quanto il danno previsto dalla fattispecie di cui all’art. 2629-bis c.c. non debba avere necessariamente natura patrimoniale, poiché non è di natura strettamente patrimoniale il bene che la norma tutela. In particolare, il dovere di comunicare situazioni di conflitto di interesse posto a carico dell’amministratore non ha solo la funzione di tutelare il patrimonio dell’ente, ma altresì evitare che venga ad essere inficiato il rapporto fiduciario tra l’amministrazione e la società.

REATI AMBIENTALI

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III - 9 luglio 2014 n. 29992

Con la sentenza n. 29992 del 9 luglio 2014, la Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione ha chiarito la natura del reato di attività di gestione di rifiuti non autorizzata di cui all’art. 256, co.1 D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (“Cod. Amb.”), il quale punisce *“chiunque effettua una attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione di cui agli articoli 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215 e 216 [del Codice stesso]”*. Nel procedimento a carico di un soggetto che effettuava attività di raccolta e trasporto di rifiuti senza essere iscritto all’Albo dei gestori ambientali di cui all’art. 212 Cod. Amb., l’imputato era stato assolto in quanto, esercitando tale attività individualmente, egli mancava della “professionalità” o “imprenditorialità” necessaria per la configurazione del reato stesso.

La Corte di Cassazione ha confermato che il reato in oggetto si atteggia come “reato proprio” – il cui autore deve pertanto possedere specifiche qualità personali, riconducibili alla titolarità di un’impresa – e non come reato comune, ovvero integrabile da chiunque. Ciò in quanto l’articolo 256 Cod. Amb. individua i soggetti responsabili in tutti coloro che effettuano attività di gestione di rifiuti in mancanza delle abilitazioni prescritte dalla legge e che le disposizioni di legge citate fanno riferimento inequivocabilmente ad un’attività imprenditoriale.

Pertanto, *“l’uso del termine ‘chiunque’ non può ritenersi sufficiente per affermare che il precetto sia rivolto, indifferentemente, a tutti i soggetti che svolgono le attività indicate in assenza di titolo abilitativo, poiché il testuale richiamo alla mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione di cui agli artt. 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215 e 216 presuppone necessariamente, ai fini della configurabilità del reato [...] che la condotta posta in essere sia tra quelle astrattamente assentibili ai sensi delle disposizioni richiamate”*.

La Corte ha tuttavia affermato che, al fine dell'individuazione del titolare dell'impresa o del responsabile dell'ente, non si deve far riferimento ad una *“formale investitura, assumendo rilievo, invece, la funzione in concreto svolta”*. La condotta sanzionata dall'art. 256, co. 1 Cod. Amb. può, quindi, essere imputata anche all'imprenditore di fatto.

La Corte ha infine specificato l'ambito di operatività della deroga prevista dell'art. 266, co. 5 Cod. Amb.: siffatta norma esenta i soggetti abilitati allo svolgimento dell'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti prodotti da terzi effettuata in forma ambulante, limitatamente ai rifiuti che formano oggetto del loro commercio, dall'obbligo di iscritto all'Albo dei gestori ambientali. La Corte, inoltre, ha affermato che tale deroga opera solo ed esclusivamente al ricorrere della duplice condizione che il soggetto sia in possesso del titolo abilitativo per l'esercizio dell'attività commerciale in forma ambulante (D. Lgs. n. 114/2008) e che i rifiuti formino oggetto del suo commercio. Fuori da questi casi l'attività di commercio ambulante di rifiuti rientra nella fattispecie di reato di gestione di rifiuti non autorizzata di cui all'art. 256, co.1 Cod. Amb.

REATI DI MARKET ABUSE

CORTE D'APPELLO DI MILANO. Sez. I – 4 aprile 2013

Affrontiamo in questa sede un'interessante decisione della Corte di Appello di Milano che, sebbene non recentissima, illustra chiaramente come si configuri l'illecito amministrativo di abuso di informazione privilegiata (*insider trading*) commesso dal cosiddetto “insider secondario” ai sensi dell'art. 187-bis co. 1, lett. a) e co. 4 D.Lgs. n. 58/1998 (“TUF”).² Il comma 4 dell'articolo identifica la figura dell'insider secondario come *“chiunque, in possesso di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato delle stesse, compie taluno dei fatti ivi descritti”*.

Nel caso di specie un soggetto, utilizzando l'informazione privilegiata concernente il progetto di acquisizione di una società quotata comunicatagli dal dipendente di una nota società di consulenza (insider primario), aveva acquistato, in concorso con il dipendente stesso, un numero consistente di operazioni delle società. A seguito di un procedimento di indagine condotto dalla Consob, l'autorità aveva comminato all'insider secondario sanzioni amministrative di tipo pecuniario (le sole applicabili alla fattispecie in oggetto, in ragione del suo carattere di illecito amministrativo) con sanzione accessoria della *“perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per gli esponenti aziendali ed i partecipanti al capitale dei soggetti abilitati”*, ai sensi dell'art. 187-*quater* TUF.

Tra i vari motivi di ricorso, il ricorrente ha contestato la sussistenza della natura privilegiata dell'informazione relativa al progetto di acquisizione e conseguente O.P.A. sulla società che, secondo la Consob, egli avrebbe sfruttato a suo vantaggio in quanto questa era priva dei requisiti di cui all'art.181 TUF,³ non essendo precisa, non avendo natura pubblica e non essendo idonea a incidere sui prezzi degli strumenti finanziari.

Le motivazioni addotte dall'insider sono state oggetto di analisi della Corte d'Appello che le ha confutate riscontrando quanto segue:

- l'informazione concernente l'operazione di acquisizione nasceva da un complesso di circostanze e fatti - conclusi nella definizione di un accordo che definiva gli aspetti più importanti dell'operazione - che *“lasciavano ampiamente prevedere che il progetto di sarebbe realizzato con elevata probabilità”*;

² L'art. 187-bis, co. 1 dispone che *“è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime”*. Il comma 4 estende la sanzione prevista dal comma 1 *“a chiunque, in possesso di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato delle stesse, compie taluno dei fatti ivi descritti.”*

³ Per informazione privilegiata si intende un *“informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari”*.

- circa la natura pubblica dell'informazione, argomentata dal ricorrente con una serie di articoli di stampa che avrebbero confermato la notorietà della stessa, la Corte ha chiarito che i *rumors* giornalistici non equivalgono a informazione privilegiata in quanto non sono sufficientemente dettagliati.
- il requisito della *price-sensitivity* sussisteva poiché l'informazione conteneva dettagli tali da cui desumere un solo modo di perfezionare l'operazione di acquisizione, mediante un'OPA obbligatoria oppure un'OPA volontaria totalitaria, permettendo così ai soci (e quindi agli investitori) di lucrare sull'OPA stessa.

Il ricorrente si trovava quindi nella condizione di “*conoscere o poter conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato dell'informazione*” ricevuta dal dipendente della società di consulenza (insider primario): avrebbe quindi dovuto astenersi dall'utilizzare tale informazione.