

Società, Banca e Impresa

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI

Il modello organizzativo 231 e l'organismo di vigilanza nel caso della Popolare di Vicenza

lunedì 08 maggio 2023

di Lopez Davide Avvocato presso studio legale CBA

La Corte di Appello di Venezia, con la sentenza del 4 gennaio 2023, ha pronunciato nell'ambito della nota vicenda che ha coinvolto la Banca Popolare di Vicenza e i suoi vertici aziendali in relazione alla commissione dei reati di aggio, di falso in prospetto e di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza, confermando gli addebiti di responsabilità penale già riconosciuti dal primo giudice.

___ Corte di Appello di Venezia, sentenza 4 gennaio 2023, n. 3348

La pronuncia della Corte veneziana si distingue per un inquadramento sistematico di ampio respiro sugli elementi costitutivi della responsabilità dell'ente, a cui è seguita la puntuale disamina delle lacune del modello di cui all'art. 6D.Lgs. 231/2001 adottato nel caso di specie.

I reati presupposto

Ribadita la natura ibrida della responsabilità della colpa di organizzazione, quale vero e proprio tertium genus di responsabilità, la sentenza ha aderito all'impianto motivazionale dei giudici di prime cure, che avevano individuato i reati presupposto nell'aggio informativo (art. 2637 c.c.) e nell'ostacolo alle funzioni di vigilanza (art. 2638 c.c.).

Le condotte giudicate come penalmente rilevanti sarebbero state realizzate in un contesto di anomalie operative individuate dalla Banca d'Italia a seguito di ispezioni di vigilanza disposte agli inizi del 2015 presso l'istituto di credito vicentino, che già allora versava in uno stato di crisi aziendale, successivamente sfociata nella vera e propria insolvenza.

La maggiore problematicità emersa all'esito delle attività ispettive ha riguardato il fenomeno del "capitale finanziato", dato che la Banca aveva mancato di dedurre dal suo patrimonio di vigilanza il capitale raccolto a fronte di finanziamenti da essa stessa erogati ai sottoscrittori delle sue azioni.

Rispetto alle problematiche così rilevate, i giudici del gravame hanno individuato l'effettivo oggetto del rimprovero penale non tanto nelle anomalie operative realizzate a monte, con riguardo all'assistenza finanziaria ai soci per l'acquisto di azioni proprie, ma nelle successive condotte di aggio informativo e di ostacolo alla vigilanza poste in essere a valle, al precipuo scopo di "occultare tale scorretta operatività (che, in sé stessa, prescindeva totalmente dall'attività delittuosa in esame)".

La rilevanza del Modello organizzativo e dell'organismo di vigilanza

Ricostruiti i criteri oggettivi di collegamento con la condotta dei soggetti agenti, i giudici d'appello sono quindi pervenuti al nucleo centrale della colpa di organizzazione, confermando l'inadempimento da parte della Banca rispetto all'obbligo di adozione e di efficace attuazione di un modello organizzativo (MOG) idoneo a prevenire la

commissione dei reati presupposto di aggio e ostacolo alla vigilanza.

L'inadeguatezza del Modello organizzativo

Con apprezzabile intento definitorio, il ruolo del Modello è stato ricostruito dai giudici del gravame nei termini di "un dispositivo finalizzato a scongiurare la perpetrazione di attività delittuose poste in essere [...] nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo e, quindi, a evitare le conseguenze sfavorevoli costituite, per l'ente in questione, dalle relative sanzioni".

L'inidoneità e inadeguatezza del Modello, già riconosciuta dal Tribunale, è stata confermata in primo luogo sotto il profilo generale della profilazione dei rischi, in ragione della genericità del contenuto del MOG rispetto alla prevenzione dei reati di aggio e di ostacolo alla vigilanza. I giudici hanno stigmatizzato "l'assenza di previsioni puntuali riferibili, oltre che alle modalità di predisposizione dei bilanci [...] e di erogazione del credito, a profili essenziali dell'operatività della banca, sempre in relazione al pericolo di commissione dei suddetti delitti".

Secondo la Corte il Modello avrebbe dovuto prevedere:

a) meccanismi di controllo delle operazioni di collocamento delle azioni dell'istituto, il cui valore nelle operazioni di capitale finanziato era invece sostanzialmente autodeterminato dalla stessa Banca;

b) indicazione della destinazione dei finanziamenti concessi rispetto alla collocazione delle azioni dell'istituto. In questo senso, il MOG non contemplava "la diretta verifica delle operazioni di finanziamento", né prevedeva "interlocuzioni con la clientela finanziata, neppure in relazione agli aumenti di capitale";

c) flussi di informazioni interne, inerenti, a titolo esemplificativo, la reportistica dei singoli processi aziendali, che avrebbero dovuto essere rivolta all'organismo di vigilanza "con modalità tali da assicurare garanzie reali di fondatezza";

d) flussi di informazioni esterne: avrebbero dovuto essere implementati presidi puntuali per controllare la "fondatezza delle comunicazioni rivolte al mercato ed agli organi di vigilanza" attribuendo all'OdV "poteri di verifica preventiva" con specifico riferimento al reato di aggio informativo.

Se i primi tre punti rispondono a un encomiabile tentativo di conferire un contenuto effettivo alle caratteristiche del modello organizzativo, solo genericamente delineate dal legislatore al co. 2 dell'art. 6 del D.Lgs. 231/2001, la previsione di presidi di controllo sul flusso di informazioni rivolte al mercato e alle autorità di vigilanza non ha mancato di sollevare alcune perplessità tra gli interpreti.

Al riguardo, è stato rilevato che la ricostruzione del Modello 231 operata dalla Corte d'Appello giungerebbe ad attribuire all'Organismo di Vigilanza poteri di verifica preventiva sulle notizie e comunicazioni diffuse da BPVi, dando adito a potenziali ingerenze e sovrapposizioni rispetto alle attribuzioni tipiche dell'assemblea e degli organi gestori.

Sotto quest'ultimo profilo si è sottolineata, in senso critico, la distanza tra le conclusioni dei giudici veneziani e il recente arresto della Corte di Cassazione su una fattispecie analoga in tema di aggio, in cui è stato ritenuto "idoneo a prevenire la commissione di "delitti di comunicazione" un modello organizzativo aziendale che non

contempli forme di controllo preventivo sul testo dei comunicati e delle informazioni divulgate dagli organi di vertice, in quanto tali comunicazioni sono espressione dell'autonomo potere gestionale di questi ultimi" (Cass. pen. sez. VI, 15.06.2022, n. 23401).

I giudici della nomofilachia hanno quindi posto seri dubbi rispetto alla facoltà dell'OdV di esprimere una "dissenting opinion" che sconfini nelle attribuzioni operative proprie dell'assemblea e degli altri organi societari.

Il disallineamento rispetto alle indicazioni fornite dai giudici di legittimità risulta peraltro più apparente che effettivo, in quanto il collegio veneziano, dopo aver espressamente richiamato la pronuncia della Corte Suprema, ha concluso attribuendo decisivo rilievo alla circostanza che nel caso di specie le comunicazioni rivolte alle autorità di vigilanza ovvero al pubblico non "venissero previamente comunicate all'ODV per una preliminare valutazione o, comunque, per l'opportuna conoscenza".

Sarebbe stata in ogni caso auspicabile una più approfondita focalizzazione sul rapporto intercorrente tra gli organi societari e l'OdV, al fine di escludere che le attribuzioni di quest'ultimo giungano a ricomprendere un controllo nel merito dell'operato degli amministratori, in violazione della business judgement rule o, addirittura, un vero e proprio obbligo di impedimento del reato.

La mancata attuazione del MOG: il ruolo dell'organismo di vigilanza

Dopo aver stigmatizzato la genericità delle previsioni del MOG e, comunque, l'inadeguatezza del medesimo a prevenire la commissione dei reati di aggio e ostacolo alla vigilanza, i giudici del gravame si sono soffermati sull'attuazione del Modello stesso, ravvisando la mancanza di un effettivo presidio da parte di un organismo di vigilanza "realmente idoneo allo scopo" sotto il duplice profilo della "dotazione di adeguati poteri" e, soprattutto, "degli indispensabili requisiti di indipendenza".

Ponendosi in stretta continuità con quanto già rilevato dal Tribunale di Vicenza all'esito del giudizio di primo grado, la Corte veneziana ha escluso che nel caso di specie l'organo di vigilanza fosse dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

Sotto il profilo del requisito dell'autonomia, da intendersi alla stregua di "assenza di subordinazione del controllante al controllato e, comunque, di ragioni di condizionamento", i Giudici del gravame hanno valorizzato, quali indici sintomatici:

1) la circostanza che il presidente dell'OdV, in qualità di "responsabile pro tempore della Direzione internal audit", fosse dipendente gerarchico e funzionale "proprio dai poteri che avrebbe dovuto controllare"; analogamente, gli altri due componenti del medesimo Organismo avrebbero ricevuto retribuzioni da società comunque riconducibili alla Banca, "tali da minarne l'autonomia del giudizio".

2) i verbali delle riunioni dell'ODV, i quali "non offrono la benché minima contezza di alcuna programmazione di attività di verifica, né evidenziano che fossero state rilevate criticità, neppure in relazione ai casi più eclatanti".

Sulla base di tali risultanze istruttorie, i giudici veneziani hanno confermato la "osmosi di fatto pressoché completa tra l'OdV ed i vertici aziendali", con la conseguenza che la commissione dei reati da parte di questi ultimi non avrebbe comportato la necessità di eludere fraudolentemente il Modello in esame, di per sé stesso inadeguato ad attuare una verifica preventiva.

In conclusione

La pronuncia in commento si contraddistingue per un vaglio particolarmente incisivo in ordine al contenuto e all'attuazione del modello di organizzazione, gestione e controllo di cui all'art. 6 co. 1 del Decreto 231.

Senza limitarsi alla necessaria verifica sulle carenze contenutistico-strutturali del caso in esame, i giudici veneziani hanno inteso offrire ulteriori meritorie indicazioni su come il Modello avrebbe dovuto essere predisposto e attuato per prevenire efficacemente la commissione dei fatti di reato.

Dall'analisi svolta dalla Corte emerge il ruolo centrale che l'OdV avrebbe dovuto assumere rispetto al controllo del collocamento azionario, della verifica delle operazioni di finanziamento, come anche dello scrutinio del flusso di informazioni interne ed esterne alla banca.

Oltre ad assumere fisionomie diverse a seconda delle peculiari caratteristiche della singola impresa, il MOG dovrebbe inoltre armonizzarsi con il più ampio sistema di controllo interno e gestione del rischio, andando a costituire il nucleo centrale di una struttura di compliance a geometrie necessariamente variabili.

La filiera dei controlli così delineata dovrebbe ricomprendere gli organi istituzionali (Collegio sindacale o Consiglio di sorveglianza) e le funzioni aziendali di internal audit e risk management, al fine di costituire un processo integrato di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei rischi, pur nel rispetto dei caratteri di centralità e autonomia che contraddistinguono l'OdV.

Gli obiettivi della struttura di compliance complessa andrebbero quindi individuati nell'efficienza dei processi aziendali, nell'affidabilità delle informazioni di natura gestionale e contabile, nonché, come limite esterno, nella conformità dell'operato dell'ente rispetto alla normativa di fonte anche regolamentare.

È evidente, tuttavia, come il sistema sia ancora lontano dal trovare un proprio punto di equilibrio soprattutto in ordine all'armonizzazione delle previsioni del D.Lgs. 231/2001 con gli ulteriori presidi di compliance di natura civilistica e di vigilanza.

Riferimenti normativi:

Art. 6D.Lgs. 231/2001

Copyright © - Riproduzione riservata