

Corporate Compliance

Round Tables

Milano, 10 Maggio 2016 – Palazzo Parigi

Tema

Profili di responsabilità ex DLGS 231/2001 nei Gruppi

Moderatori: Roberto Tirone, Francesca Chiara Bevilacqua

1. I principi generali del D. lgs. 231/2001

Il D. lgs. 231/2001 dispone che gli Enti¹ sono responsabili per taluni reati commessi dai dipendenti, collaboratori, manager, rappresentanti e prestatori di servizi.

La responsabilità non è considerata oggettiva, ma perviene in seguito al riconoscimento di una “colpa nell’organizzazione”.

I reati inclusi nel D. lgs. 231/2001 sono circa 140 e tra i più rilevanti e ricorrenti si ricordano: corruzione, corruzione tra privati, omicidio e lesioni personali colpose in violazione delle misure di sicurezza sui luoghi di lavoro, reati societari, violazione di norme di tutela ambientale, riciclaggio, autoriciclaggio, ricettazione e frode in commercio.

Le sanzioni previste per gli enti responsabili ai sensi del D. lgs. 231/2001 includono (oltre alla confisca del profitto del reato ed all’eventuale pubblicazione della sentenza di condanna):

- sanzioni pecuniarie
- sanzioni interdittive (tra cui la chiusura dell’ente)
- commissariamento giudiziale (sanzione sostitutiva).

Gli Enti, attraverso l’adozione di un Modello Organizzativo e la costituzione di un Organismo di Vigilanza, possono difendersi dall’attribuzione della responsabilità amministrativa di cui al D. lgs. 231/2001.

2. Nozione di Gruppo

Il legislatore italiano non fornisce una definizione organica di gruppo, ma ne tratta indirettamente in tema di controllo (società che detengono in un'altra società la maggioranza dei voti dell'assemblea ordinaria; società che dispongono di voti sufficienti per esercitare l'influenza dominante sempre in assemblea ordinaria; società che controllano un'altra società per vincoli contrattuali).

¹ Per *Enti* si intendono tutti i tipi di società (di capitali e di persone), le associazioni anche non riconosciute e gli enti pubblici economici.

La giurisprudenza di legittimità da tempo ha notato che «...dal punto di vista economico il gruppo di società costituisce una aggregazione di unità produttive giuridicamente autonome (le singole società), collegate sul piano organizzativo attraverso la c.d. direzione unitaria al fine d'una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal complesso» (Cass. 13.02.92 n. 1759; conf. Cass. 15.06.00 n. 8159); «la direzione economica unitaria e l'autonomia formale delle imprese partecipanti al gruppo costituiscono momenti qualificanti del fenomeno. Con la direzione unitaria si consegue il risultato di imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate; con l'autonomia formale si persegue il vantaggio di conferire all'organismo economico, unitariamente considerato, flessibilità strutturale e delimitazione dei rischi» (Cass. 26.02.90 n. 1439; conf. Cass. 15.06.00 n. 1859).

Recependo anche queste osservazioni giurisprudenziali, la riforma del diritto societario del 2003 ha inserito nel codice civile la disciplina di quella che rappresenta la manifestazione tipica del gruppo, vale a dire l'attività di direzione e coordinamento, oggi prevista agli artt. 2497 ss. c.c., ed ha in queste disposizioni accolto anche la teoria dei cc.dd. *vantaggi compensativi*.

3. Fattispecie di reato ricorrenti nell'ambito dei Gruppi

Alcune aree di attività aziendale si prestano a rischi reato peculiari nel caso di Gruppi, si pensi ad esempio alle problematiche di bilancio, di riciclaggio e autoriciclaggio, così come alle ipotesi di commissione di corrotte da parte di una entità del Gruppo con ricadute positive tuttavia in favore di altra componente dello stesso.

Il Gruppo potrebbe astrattamente da un lato generare rischi suoi propri (es.: falsità in bilancio "derivata"), dall'altro rendere più difficoltosa l'identificazione della responsabilità rispetto ad alcuni reati (es: malattie professionali; corruzione).

Tra le fattispecie più rilevanti per i Gruppi si possono menzionare le seguenti:

- Corruzione;
- Concussione;
- Corruzione tra privati;
- Induzione indebita a dare o promettere utilità;
- Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico;
- Frode nell'esercizio del commercio;
- Fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale;
- False comunicazioni sociali;
- Illegale ripartizione di utili o riserve;
- Impedito controllo;
- Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante;
- Operazioni in pregiudizio dei creditori;
- Omessa comunicazione del conflitto d'interessi;
- Manipolazione del mercato;
- Ricettazione;
- Riciclaggio;
- Autoriciclaggio;
- Violazione del diritto d'autore;
- Reati ambientali;
- Impiego di cittadini di paesi terzi.

4. L'organizzazione tipica dei Gruppi di società e gli elementi che rischiano di facilitare la risalita della responsabilità a monte del Gruppo

Le *holding* spesso assumono i dipendenti ponendoli in capo ad una società per poi far loro svolgere mansioni anche nell'interesse e/o per conto di altre società del gruppo. Prevalentemente ciò si verifica in tema di assunzione di manager, direttori generali, HR e, più in generale in occasione dell'assunzione di figure apicali.

Inoltre, frequentemente le *holding*:

- conferiscono la carica di amministratore ad un medesimo soggetto per tutte le società (spesso è il socio di riferimento od espressione dello stesso);
- individuano strategie che vengono imposte a tutte le società controllate;
- strutturano un centro di costi per tutte le controllate;
- strutturano un centro di servizi per tutte le controllate;
- strutturano un sistema di *policies* e di controlli comuni a tutte le società controllate.

Tale situazione, che evidentemente permette una migliore gestione e coordinamento della *holding*, potrebbe permettere ad eventuali inquirenti di affermare che i reati commessi nell'interesse o a beneficio della società controllata sono commessi anche nell'interesse o a beneficio della controllante.

5. Percorsi giurisprudenziali nell'applicazione della responsabilità degli enti nei Gruppi

La dottrina e (in certa misura) la giurisprudenza hanno esplorato la potenziale responsabilità delle società controllanti per i reati rilevanti ai sensi del D. lgs. 231/2001 commessi dalle controllate, in particolare secondo diversi possibili percorsi, secondo i quali:

- la controllante agisca quale amministratore di fatto della controllata;
- si identifichi un "*interesse di gruppo*" sottostante al reato;
- la controllante violi l'"obbligo di controllare" la controllata.

La sentenza Cass. 24583/2011 ha piuttosto chiaramente affermato che la capogruppo/controlante può essere ritenuta responsabile in concorso con la società controllata solamente qualora sussistano tutte le seguenti condizioni:

- la commissione di un reato di cui al D. lgs. 231/2001 da parte di un "dipendente" della società controllata;
- il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con la controllante rapporti di tipo organizzativo-funzionale;
- il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio (diretto e concreto) della controllante.

Altre pronunce tuttavia hanno sposato orientamenti più discutibili. Si vedano ad esempio:

- Trib. Milano, 20-09-2004, Soc. Ivri Holding: «Nell'ambito di un gruppo di società, l'attività corruttiva posta in essere dall'amministratore della controllante, al fine di ottenere l'aggiudicazione o il rinnovo di un appalto di servizi in favore di una controllata, implica la responsabilità amministrativa della controllante ex art. 5 D.leg. 8 giugno 2001 n. 231, in quanto preordinata al soddisfacimento dell'interesse di gruppo».

- Cass. pen., sez. V, 08-11-2012, n. 4324: «La responsabilità amministrativa degli enti rilevante ai sensi del D.leg. n. 231 del 2001, è individuabile anche all'interno di un gruppo di società, potendo la società capogruppo 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» (la ravvisabilità di tale interesse veniva motivata con riferimento alla mera posizione della società all'interno del gruppo).

6. Il Modello Organizzativo e l'Organismo di Vigilanza nelle società del Gruppo

E' opportuno che ciascuna società controllata si doti di un proprio autonomo Modello Organizzativo e di un proprio autonomo Organismo di Vigilanza.

Il Modello Organizzativo deve prevedere prevalentemente procedure attuabili presso la controllata, senza rinvii ad organi della controllante.

L'Organismo di Vigilanza della società controllata, dovrebbe essere composto da membri differenti rispetto a quelli della società controllante, seppur possa essere previsto un organo/soggetto che provveda ai necessari collegamenti/comunicazioni/coordinamenti.

E' senz'altro utile inoltre stabilire dei flussi informativi periodici tra gli Organismi di Vigilanza delle diverse società del gruppo.

7. Le capogruppo straniere e in generale i gruppi multinazionali

Spesso le capogruppo straniere ed in particolare quelle americane ed inglesi ritengono che sia sufficiente – al fine di evitare la responsabilità ex D. lgs. 231/2001 – l'applicazione delle *policies* e procure emesse in virtù dell'Antibribery Act, del Sarbanes Oxley Act e del Foreign Corrupt Practices Act.

Il sistema previsto dal D. lgs. 231/2001, però, richiede, ai fini della tutela della società, che il Modello Organizzativo sia conforme alla normativa italiana, e così l'Organismo di Vigilanza.

L'esistenza, dunque, di procedure ed organi di controllo istituiti in base a leggi straniere non appare automaticamente sufficiente per la corretta tutela degli interessi della società.

8. Come proteggersi dalla risalita di responsabilità

Come osservato nelle linee guida di Confindustria, ciascuna società del gruppo, in quanto singolarmente destinataria dei precetti del D. lgs. 231/2001, è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello organizzativo.

Tale attività potrà essere condotta anche in base a indicazioni e modalità attuative previste da parte della *holding* in funzione dell'assetto organizzativo e operativo di gruppo. Peraltro, ciò non dovrà determinare una limitazione di autonomia da parte delle società controllate nell'adozione del Modello.

Per evitare una risalita alla responsabilità della controllante per i reati commessi nella controllata, può anche essere opportuno evitare che i medesimi soggetti rivestano ruoli apicali presso più società del gruppo (cd. *interlocking directorates*). Infatti, il cumulo di cariche sociali potrebbe avvalorare la tesi del concorso dei vertici di più società del gruppo nella commissione del reato presupposto.

Nel caso di Codici Etici di gruppo, potrebbe essere necessario integrare, da parte di ciascuna società ed entro la propria regolamentazione interna (ad es. attraverso *addenda* o protocolli), i valori e i principi espressamente correlati all'ambito di specifica operatività e all'effettiva esposizione ai rischi reato contemplati dal D. lgs. 231/2001.

La funzione Internal Auditing della capogruppo, contraddistinta da standard di indipendenza e il cui raggio d'azione si estende solitamente anche alle società controllate, può essere chiamata a supportare il management delle controllate (con particolare riguardo a quelle prive di una propria struttura di audit o di revisione interna) nelle iniziative che assumono rilevanza ai fini del decreto 231.

Può essere opportuno definire concordemente procedure accentrate e protocolli armonizzati, ad esempio in materia di *cash pooling*, cioè di gestione delle disponibilità finanziarie del gruppo accentrate in un unico tesoriere, al fine di facilitare i rapporti tra le società del gruppo e gli istituti di credito. In ogni caso, è fondamentale che tali procedure siano ispirate ai principi della trasparenza e della correttezza contabile e rispettino i poteri gestori degli organi di vertice delle controllate, nonché la rispettiva autonomia finanziaria e patrimoniale. Analoga attenzione dovrà essere posta ad eventuali attività/processi affidati in *outsourcing* ad altre società del gruppo, e in particolare alle caratteristiche dei relativi rapporti contrattuali, alle

autorizzazioni relative agli input forniti, ai controlli sugli output ottenuti e alla fatturazione *intercompany*, nonché alle transazioni infragruppo e ai meccanismi di determinazione del *transfer price*.

A tale riguardo, un adeguato presidio dei processi infragruppo potrebbe includere, ove possibile e significativo, la previsione di forme di certificazione indipendente dei processi di controllo (disegno e funzionamento) delle entità incaricate di svolgere a livello di Gruppo, interamente o in significativa porzione, i più rilevanti processi di supporto (amministrazione, gestione del personale, sistemi informativi, ecc.).

È opportuno anche che la controllante, in seno al proprio Modello Organizzativo, delinei regole specifiche per la correttezza e la trasparenza nei rapporti con le controllate. In particolare, l'attività di direzione e coordinamento deve svolgersi attraverso comunicazioni rese in forme ufficiali, così da essere successivamente ricostruibili, se necessario.