

FOCUS ON

La responsabilità amministrativa da reato nei gruppi societari

L'importanza dell'autonomia e dell'indipendenza
degli Organismi di Vigilanza.

La responsabilità amministrativa da reato nell'ambito dei gruppi societari: una riflessione sulla importanza della autonomia e indipendenza degli Organismi di Vigilanza.

In questo breve articolo, prendendo spunto da una significativa sentenza della Cassazione penale chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità amministrativa, ex D.Lgs n. 231/2001, della parent company derivante dalla consumazione di un reato presupposto nell'interesse e a vantaggio immediato di una sua controllata, metterò in evidenza la importanza della autonomia e indipendenza degli Organismi di Vigilanza chiamati a presidiare l'efficace funzionamento dei modelli organizzativi predisposti dalle società commerciali.

E' utile tuttavia un breve percorso rappresentativo della evoluzione della giurisprudenza sul tema, che da un approccio connotato da "semplificazioni probatorie e/o automatismi applicativi", - ovvero dalla enucleazione del mero "interesse di gruppo" di per sé bastevole a giustificare sanzioni amministrative - approccio sicuramente meno garantista, è passato al concetto di "elusione fraudolenta dei modelli organizzativi", mettendo l'accento su: 1) necessità della prova, da parte della accusa, della effettiva partecipazione, nella consumazione del reato presupposto, di un persona fisica rivestente un ruolo apicale nell'organigramma aziendale della parent company e 2) sulla importanza, per andare esenti da responsabilità, della effettiva indipendenza e autonomia degli Organismi di Vigilanza.

Il D Lgs. N. 231/2001, come noto, modella la responsabilità degli enti giuridici sulla figura degli enti singolarmente considerati, senza prendere in considerazione il fenomeno, pure espressamente disciplinato dal codice civile (artt. 2497 e ss.) dei gruppi, ovvero della concentrazione di una pluralità di soggetti sotto la direzione unificante ed il controllo finanziario di una società capogruppo o holding.

Tuttavia la circostanza che le società facenti parte di un gruppo siano giuridicamente autonome e indipendenti, non impedisce che le attività di ciascuna costituiscano espressione di una comune politica di impresa, generalmente voluta dalla capogruppo, nell'ottica di diversificazione dei rischi.

Si pongono allora una serie di interrogativi:

1. E' configurabile la responsabilità ex D. Lgs. N. 231/2001 della capogruppo per un reato commesso nell'interesse o a vantaggio della controllata?
2. Viceversa, è configurabile la responsabilità ex D. Lgs. N. 231/2001 della controllata per un reato commesso nell'interesse o a vantaggio della controllante?

La dottrina e la giurisprudenza hanno tentato di dare delle risposte a tali interrogativi, mediante diverse giustificazioni dogmatiche.

Vediamone alcune.

Il concorso di persone ex art. 110 c.p.

Tra i possibili criteri di imputazione enunciati dalla dottrina, va menzionata la configurabilità, nel sottosistema in esame, del concorso di persone di cui all'art. 110 c.p.

A tale principio osta tuttavia il divieto dell'interpretazione analogica in campo penale: il carattere di incriminazione suppletiva, proprio di tale disposizione, ne richiederebbe una espressa previsione nel sottosistema in esame, similmente a quanto previsto dall'art. 26 del D. Lgs. 231/2001, a proposito del tentativo.

L'interesse di gruppo di cui all'art. 2497 c.c.

Era quindi necessario individuare un altro criterio, per un periodo individuato nell'interesse di gruppo, sull'onda delle modifiche subite nel tempo dal diritto societario.

La possibile rilevanza dell'interesse di gruppo era già stata riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità civile che, prima della riforma del diritto societario, aveva preso atto che determinati atti compiuti in apparente pregiudizio di una delle società appartenenti al gruppo per favorire un'altra, potessero trovare giustificazione nel conseguimento dell'interesse del gruppo medesimo, inteso come veicolo di realizzazione mediata dell'oggetto sociale delle sue componenti.

Quest'ottica "compensativa" ha ispirato il legislatore, quando, nel riformare il diritto societario, ha accettato l'inevitabile realtà del fenomeno dell'aggregazione di imprese, riconoscendo la enucleabilità di un interesse di gruppo idoneo a giustificare anche le scelte di gestione apparentemente svantaggiose per le singole componenti dello stesso.

Su questo assunto si incardinano alcune pronunce giurisprudenziali che hanno statuito che l'illecito amministrativo da reato può essere addebitato ad un ente che rivesta il ruolo di controllante in seno ad un gruppo di società, se commesso nell'interesse comune del gruppo, indipendentemente dal fatto che esso ne abbia tratto diretto vantaggio, evidenziando tuttavia che il limite negativo oltre il quale non si può andare perché possa continuare a parlarsi di interesse dell'ente è fissato dall'art. 5 comma 2 d.lgs. 231/2001, che prevede come l'ente non risponda solo se chi ha commesso il reato abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Dalla lettura complessiva delle norme sopra indicate si ricava quindi che, ai fini della responsabilità dell'ente, il reato possa essere destinato a soddisfare contestualmente l'interesse di diversi soggetti, purchè tra tali soggetti vi sia anche l'ente nel quale chi ha commesso il reato riveste una posizione apicale rilevante ai sensi della normativa del D.lgs. n. 231/2001, nella specie quella di soggetto che svolge funzioni di amministratore.

Sulla base di tali assunti, in una vicenda corruttiva per il pagamento di una tangente per l'aggiudicazione di un appalto, è stato valorizzato l'accertamento di una condotta attiva di soggetti in posizione verticistica nell'ambito della società controllante, i quali non facevano parte in alcun modo delle società controllate, e non avevano alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo, la cui giustificazione fu rinvenuta nella finalizzazione dell'atto corruttivo *"all'interesse dell'intero gruppo e, quindi, all'interesse di più società, non solo di quelle che direttamente avevano ottenuto l'aggiudicazione degli appalti ma anche delle controllanti, nella prospettiva di partecipazione agli utili"*.

Il tutto con un temperamento: limite e misura della responsabilità della controllante è il criterio di imputazione del reato commesso dalla persona fisica, che implica la sussistenza di un rapporto qualificato tra l'agente e l'ente, nella specie la posizione apicale di amministratore della controllante da parte di chi ha commesso il reato presupposto. Dunque per la capogruppo si potrebbe parlare di responsabilità amministrativa da reato in dipendenza di un reato presupposto commesso nel diretto interesse oppure a vantaggio di una società controllata facente parte del gruppo "solo quando

sussista nei suoi confronti (della controllante) il criterio di imputazione dell'atto all'ente: ovvero la appartenenza qualificata all'ente della persona fisica che ha commesso il reato, principio che garantisce dal rischio di qualsiasi arbitraria e ingiustificata estensione della responsabilità. In tale caso è stata anche ribadita la nozione di interesse di gruppo che dovrebbe essere presa in considerazione in tutti i casi nei quali una norma giuridica (n.d.r. art. 5 D. lgs. N. 231/2001) faccia riferimento alla nozione di interesse: la esistenza di un rapporto qualificato tra controllante e controllata, impedisce pertanto di considerare la seconda come "terzo" e impedisce che gli utili che essa consegua, in conseguenza dell'attività della controllante (attività corruttiva del soggetto apicale), possano dirsi conseguiti da un terzo, o quantomeno impedisce di ritenere che l'attività della controllante possa dirsi compiuta nell'esclusivo interesse del terzo, in considerazione dell'inevitabile riflesso che le condizioni della controllata riverbera sulla controllante.

Premesse le superiori riflessioni sull'exkursus dottrinale e giurisprudenziale in materia, è interessante analizzare una recente sentenza della Cassazione penale (n. 52316/2016), ove, pur partendo dall'assunto sistemico della introduzione di norme civilistiche come all'art. 2497 c.c., con l'emersione del cosiddetto "interesse di gruppo", viene tuttavia valorizzato il principio della elusione fraudolenta del Modello di organizzazione da parte del soggetto agente e rivestente posizione apicale nell'ente della cui responsabilità ex D. Lgs. 231/2001 si tratta.

Vengono quindi fugati gli automatismi applicativi e/o le semplificazioni probatorie, derivanti da concetti come l'interesse di gruppo, nella indagine su una eventuale responsabilità della società capogruppo.

Sostengono gli ermellini che per attribuire tale responsabilità non è sufficiente evocare la appartenenza al gruppo o più genericamente un interesse di gruppo, ma grava sempre sull'accusa l'onere di provare puntualmente e per tutte le società coinvolte, la sussistenza delle generali condizioni per l'addebito di responsabilità ex D.lgs. 231, ovvero la commissione, da parte del soggetto qualificato, di un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Questo il principio di diritto espresso: in tema di responsabilità da reato, la società capogruppo o altre società facenti parte del gruppo possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, del reato commesso nell'ambito della attività di una società controllata appartenente al medesimo gruppo, purchè nella consumazione del reato presupposto concorra anche almeno una persona fisica che agisca per conto della holding stessa, non essendo sufficiente l'enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero ad un generale "interesse di gruppo".

Tale vicenda ha permesso alla Corte di soffermarsi sul concetto di elusione fraudolenta del Modello di Organizzazione, gestione e controllo e sul ruolo e le prerogative dell'Organismo di Vigilanza, per affermare che il mero approntamento di un Modello non può essere da solo sufficiente ad esimere da responsabilità amministrativa una società, essendo altresì necessaria l'istituzione di un Organismo che rivesta la funzione di vigilanza sul funzionamento e sulla osservanza del modello medesimo e che sia, al contempo, dotato di autonomi ed efficaci poteri di iniziativa e controllo.

Infatti osserva la Corte che è lo stesso decreto legislativo n. 231/2001 che parte dal presupposto che un efficace modello organizzativo e di gestione può essere violato solo se le persone che rivestono ruoli di rappresentanza, di amministrazione e di direzione dell'ente abbiano operato eludendo fraudolentemente il modello stesso, elusione fraudolenta che dovrà materialmente concretarsi in una condotta ingannevole, falsificatrice, subdola, ovvero di aggiramento di norma imperativa, non essendo sufficiente la semplice e frontale violazione della stessa.

Concludendo, la Corte ha decretato che nel caso oggetto di giudizio, il modello approntato dalla società fosse rimasto un “interessante testo in teoria”, proprio per la inadeguatezza dell’Organismo di Vigilanza, composto in maniera tale da essere privo di autonomia e indipendenza dagli amministratori della società.

Avv. Gianmaria Albano