

GIUSTIZIA E SENTENZE

Società. L'evoluzione della giurisprudenza sulla responsabilità della capogruppo e/o delle altre società rispetto alla controllata

La holding non paga per la 231

Niente automatismi: va provato il coinvolgimento nei reati-presupposto o negli illeciti

Rosanna Acierno

Anche se tra i soggetti in capo ai quali può essere configurata la responsabilità amministrativa da reato (il Dlg 231/2001 non fa esplicito riferimento ai gruppi di impresa, ci si trova sempre più spesso di fronte a possibili configurazioni di responsabilità di società controllanti, controllate o collegate in caso di reati commessi all'interno di schemi societari articolati laddove la struttura societaria finisce con l'incidere, inevitabilmente, sui sistemi decisionali, gestionali e di controllo. L'articolo 1 del Dlg 231/2001 prevede, infatti, la possibile configurazione di responsabilità amministrativa in capo agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni, anche prive di personalità giuridica, con esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non economici nonché degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

In assenza, dunque, di un riferimento normativo alla nozione del gruppo di impresa e in attesa di auspicabili interventi da parte dello stesso legislatore volti a chiarire la portata, non sono ovviamente mancati dibattiti sulla possibile interpretazione da attribuire alla predetta disposizione.

In particolare, almeno fino al 2014 è prevalsa la tesi di coloro che ritenevano di dover includere il gruppo di imprese tra i soggetti elencati nel citato articolo e conseguentemente di poter configurare la responsabilità per illeciti penali anche in capo alla holding. Su questo filone, il Tribunale di Milano, pronunciandosi sulla responsabilità 231 nei confronti di società appartenenti a un gruppo, ravvisò un "potere di fatto" della holding sulle controllate,

individuando conseguentemente la stessa capogruppo come "mandante" rispetto agli illeciti commessi dalle o nelle controllate (Tribunale Milano 20 settembre 2004).

Negli anni successivi, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha ristretto l'ambito di applicazione, ancorando l'eventuale responsabilità amministrativa delle società appartenenti a un gruppo alla prova di un preciso coinvolgimento delle medesime nella consumazione dei reati-presupposto o, quanto meno, nelle condotte che hanno determinato

IL DOCUMENTO

Confindustria ha sostenuto la linea delle recenti pronunce di legittimità: il gruppo non può considerarsi diretto centro di imputazione

l'acquisizione di un illecito profitto e nel conseguimento di eventuali illeciti benefici anche non patrimoniali (Corte cassazione, sentenze 24583/2011, 4324/2013, 2658/2014).

Nel 2014 è poi intervenuta Confindustria in occasione della diramazione delle «Linee Guida in materia di costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo» sostenendo una interpretazione in linea con le ultime pronunce di legittimità.

In particolare, dedicando un paragrafo alla responsabilità per gli illeciti penali in seno ai gruppi di imprese, Confindustria ha sostenuto che il gruppo non può considerarsi diretto centro di imputazione della responsabilità da reato e non è inquadrabile tra i soggetti elencati nell'articolo 1 del Dlg 231/2001. Non essendo

infatti prevista alcuna disposizione che imponga in capo agli apicali della controllante l'obbligo giuridico e che conferisca i poteri necessari per impedire i reati nella controllata, non trova applicazione nel caso di controllo societario l'articolo 40, comma 2 Cp secondo cui «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». Ne consegue dunque che l'attività di direzione e coordinamento non può comportare, di per sé, la responsabilità in capo ai vertici della controllante dell'omesso impedimento dell'illecito commesso nell'attività della controllata, a meno che i soggetti apicali della capogruppo, ingenerando in modo sistematico e continuativo nella gestione della controllata, non fossero di fatto amministratori della stessa.

Successivamente all'intervento di Confindustria, la Corte suprema è nuovamente intervenuta sul tema, precisando che al fine di configurare la responsabilità ai sensi del Dlg 231/2001 della holding o di altra società appartenente a un medesimo gruppo non è sufficiente l'enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero a un cosiddetto generale «interesse di gruppo». La holding e/o le altre società facenti parte di un gruppo possono, infatti, essere chiamate a rispondere del reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata appartenente al medesimo gruppo, purché nella consumazione del reato presupposto concorra almeno una persona fisica che agisca per conto della holding stessa o dell'altra società facente parte del gruppo, perseguendo anche l'interesse di queste ultime (Cassazione, sentenza n. 52316/2016).

Le pronunce della Cassazione

01 | COME VALUTARE I RAPPORTI INFRAGRUPO

Al fine di valutare la sussistenza dei vantaggi compensativi tra società appartenenti al medesimo gruppo e ravvisare l'eventuale bancarotta fraudolenta per distrazione infragruppo, non è decisivo il puro dato aritmetico, atteso che ogni operazione che concorre al risultato finale non può rilevare sempre e comunque, essendo necessario che venga dimostrato che essa sia stata compiuta nella logica e nell'interesse del gruppo sulla base di una necessaria conseguenza di fatto e di interdipendenza. Sezione penale, sentenze 22215/2017 e 22216/2017

02 | IPRESTITI FUNZIONALI A UN PIANO DI RIENTRO

In tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, nel valutare come distrattiva un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo per una società collegata, occorre tenere conto del "rapporto di gruppo". Pertanto, non è configurabile il reato di bancarotta fraudolenta qualora, in presenza di due società in difficoltà economica facenti capo alla medesima persona fisica - situazione che rende problematica, alla luce delle indicazioni del Codice civile, la ravvisabilità stessa di un "gruppo" - una delle due, per far fronte alle più pressanti difficoltà dell'altra, ne copra parte delle esposizioni, senza segnalare che quelle dazioni sono strumentali a dare corso ad un piano di rientro. Sentenza 48354/2017

03 | IL CONTROLLO VA PROVATO IN CONCRETO

La responsabilità degli enti non può essere configurata automaticamente in capo alle società appartenenti al medesimo gruppo dell'ente che ha commesso il reato presupposto, soltanto sulla base di un rapporto di controllo o di collegamento societario non adeguatamente provato, ma genericamente prospettato. Né è possibile configurare alcuna responsabilità delle società partecipate senza provare un preciso coinvolgimento delle medesime nella consumazione dei reati-presupposto o, quanto meno, nelle condotte che hanno determinato l'acquisizione di un illecito profitto e nel conseguimento di eventuali illeciti benefici anche non patrimoniali. Sentenza 2658/2014

04 | HOLDING, CIRCOSCRITTA LA RESPONSABILITÀ

Al fine di configurare la responsabilità ai sensi del Dlg 231/2001 della holding o di altra società appartenente ad un medesimo gruppo non è sufficiente l'enucleazione di un generico riferimento al gruppo, o ad un generale «interesse di gruppo». La holding e/o le altre società facenti parte di un gruppo possono, infatti, essere chiamate a rispondere del reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata appartenente al medesimo gruppo, purché nella consumazione del reato presupposto concorra almeno una persona fisica che agisca per conto della holding stessa o

dell'altra società facente parte del gruppo, perseguendo anche l'interesse di queste ultime. Sentenze 52316/2016 e 4324/2013

05 | VANTAGGI DI GRUPPO E SINGOLI CALI PATRIMONIALI

Ai fini della configurazione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non sussiste distrazione qualora la mancanza di corrispettivo sia solo apparente in considerazione di concreti vantaggi di gruppo che giustificano la diminuzione patrimoniale della singola società. Sezione penale, sentenza 49787/2013

06 | LE CONDIZIONI CHE FANNO SCATTARE LA RESPONSABILITÀ

Non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità di una società, essendo, infatti, a tal fine necessarie alcune condizioni, che debbono ricorrere congiuntamente, quali:

- il fatto che sia stato commesso uno dei reati di cui al Dlg 231/2001;
- che il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con l'Ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale e che, dunque, rivesta una posizione qualificata al suo interno;
- che il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'Ente, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, non per forza patrimoniale. Sentenza 24583/2011

Diritto commerciale. Dai notai del Triveneto

Assemblea virtuale nelle Spa «chiuse» anche senza Statuto

di Angelo Busani e Elisabetta Smaniotto

Il Comitato interregionale dei Consiglieri notari delle Tre Venezie ha di recente pubblicato alcune nuove massime in materia societaria, tra le quali l'orientamento H.B.39 intitolato «Intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione in relazione alle possibili diverse clausole statutarie». Esso si occupa delle modalità di intervento nelle assemblee di società per azioni "chiuse", vale a dire quelle con capitale non diffuso tra il pubblico, e afferma che anche ove manchi una specifica clausola nello statuto della società, deve ritenersi egualmente possibile l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione, a condizione che sia in concreto rispettato il metodo collegiale.

L'intervento "virtuale" in assemblea è legittimo nella misura in cui il collegamento tramite i mezzi di telecomunicazione sia organizzato in modo da consentire a coloro che partecipano alla riunione di interagire in tempo reale e discutere in merito agli argomenti posti all'ordine del giorno, nonché di esercitare il diritto di voto. In breve, il ricorso ai mezzi di telecomunicazione è possibile se consente di rappresentare una situazione analoga a quella che si creerebbe se tutti gli aventi diritto fossero riuniti fisicamente nel medesimo luogo.

Il tema approfondito nella massima in esame è quindi quello del "diritto d'intervento in assemblea" regolato nell'articolo 2370 del Codice civile per la società per azioni il quale, dopo aver precisato che possono «intervenire all'assemblea gli azionisti ai quali spetta il diritto di voto» (comma 1), stabilisce che lo «statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica» e colui che «esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea» (comma 4).

Una simile modalità di intervento va interpretata anche nell'ottica di soddisfare esigenze di carattere organizzativo di società con capitale sociale posseduto da soci "sparsi" su un territorio molto ampio, al fine di agevolare la partecipazione alle riunioni assembleari.

Sulla scia di questa norma (articolo 2370, comma 4, del Codice civile, ndr), l'orientamento notarile pubblicato di recente ha compiuto un ulteriore passo in avanti e ritenuto possibile l'intervento "virtuale", ossia la partecipazione all'assemblea con modalità audio-video, a prescindere da una previsione statutaria, ma sul presupposto che sia garantita la «possibilità di discutere e di votare consapevolmente e simultaneamente sugli argomenti all'ordine del giorno».

Si è ritenuto che il principio collegiale sia rispettato «ogni qualvolta i mezzi di telecomunicazione utilizzati siano idonei a consentire al socio l'esercizio di tutte le prerogative riconosciutegli nell'ipotesi di intervento fisico ai lavori assembleari, e quindi garantendogli una partecipazione effettiva». In breve, colui che ha diritto di intervenire in assemblea, anche mediante l'utilizzo di mezzi di telecomunicazione, deve essere messo nella condizione di «percepire le opinioni altrui», «di esprimere le proprie opinioni, di richiedere, se del caso, chiarimenti sugli argomenti posti all'ordine del giorno» e «votare in modo consapevole sulle materie oggetto di deliberazione», ricostruendo virtualmente la medesima situazione che si crea quando tutti coloro che hanno diritto di intervento si trovano fisicamente nel luogo nel quale l'assemblea è stata convocata. (...)

nicazione utilizzati siano idonei a consentire al socio l'esercizio di tutte le prerogative riconosciutegli nell'ipotesi di intervento fisico ai lavori assembleari, e quindi garantendogli una partecipazione effettiva».

In breve, colui che ha diritto di intervenire in assemblea, anche mediante l'utilizzo di mezzi di telecomunicazione, deve essere messo nella condizione di «percepire le opinioni altrui», «di esprimere le proprie opinioni, di richiedere, se del caso, chiarimenti sugli argomenti posti all'ordine del giorno» e «votare in modo consapevole sulle materie oggetto di deliberazione», ricostruendo virtualmente la medesima situazione che si crea quando tutti coloro che hanno diritto di intervento si trovano fisicamente nel luogo nel quale l'assemblea è stata convocata. (...)

LE CONDIZIONI

Non occorre una clausola ad hoc ma il collegamento deve essere organizzato in modo da rispettare il metodo collegiale

Il generico riferimento ai mezzi di telecomunicazione contenuto nell'articolo 2370, comma 4, del Codice civile, ha fatto sorgere il dubbio di quali mezzi di telecomunicazione possano essere utilizzati per intervenire virtualmente in assemblea, vale a dire che ci si chiedesse se si debba trattare di mezzi che garantiscano la percezione visiva, oppure se sia sufficiente un collegamento audio, purché idoneo ad identificare il soggetto collegato.

Tenuto conto che la finalità che si intende perseguire è quella di creare, con il collegamento virtuale, una situazione analoga a quella esistente quando le persone sono fisicamente presenti, è necessario che sia «garantito il diritto di discutere e di votare consapevolmente e simultaneamente sugli argomenti posti all'ordine del giorno» e, pertanto, deve ritenersi sufficiente l'adozione di mezzi di telecomunicazione che consentano al Presidente di accertare l'identità e la legittimazione di colui che non è fisicamente presente.

Si è ritenuto che il principio collegiale sia rispettato «ogni qualvolta i mezzi di telecomunicazione utilizzati siano idonei a consentire al socio l'esercizio di tutte le prerogative riconosciutegli nell'ipotesi di intervento fisico ai lavori assembleari, e quindi garantendogli una partecipazione effettiva».

Gestione del rischio. Per riconoscere l'efficiacia esimente

Vanno adottati modelli organizzativi autonomi

Fermo restando che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, non è possibile desumere la responsabilità delle società controllate dalla mera esistenza del rapporto di controllo o di collegamento all'interno di un gruppo di società, è comunque opportuno stabilire in presenza di quali condizioni del reato commesso da un'impresa appartenente a un gruppo possano essere chiamate a rispondere le altre società e, in particolare, la capogruppo e capire quali accorgimenti organizzativi possano essere adottati per non incorrere in tale responsabilità.

Oltre alla responsabilità civile che può discendere dall'appartenenza a un gruppo societario

L'OBIETTIVO

Solo un documento calibrato sulla realtà della singola impresa può realizzare la puntuale ricognizione e gestione dei rischi di reato

rio, le imprese possono rispondere anche per i reati societari e fallimentari, che talvolta contengono espressi riferimenti al "gruppo", come quello ad esempio di bancarotta fraudolenta (articolo 216 Lf) o di false comunicazioni sociali, consistente nell'espone fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero (articolo 2621 Cc) ovvero nell'omettere fatti materiali rilevanti nella situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene (articolo 2622 Cc).

Così come pure le società appartenenti al gruppo potrebbero trovarsi a rispondere del reato di "infedeltà patrimoniale", che punisce gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di dispo-

sizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale (articolo 2634 Cc).

Proprio in merito al reato di infedeltà patrimoniale, si fa rilevare che la più recente giurisprudenza di legittimità ha precisato che non è sufficiente guardare ai vantaggi compensativi in una dimensione di tipo meramente aritmetico, essendo, invece, necessario evidenziare il collegamento a una "logica di gruppo". Pertanto, in presenza del riacquisto da parte di una società del gruppo del proprio marchio precedentemente ceduto ad altra società collegata a un prezzo del tutto incongruo - non è possibile invocare la "neutralizzazione" dei vantaggi compensativi semplicemente rilevando il dato storico dell'esistenza di erogazioni, anche di importo superiore, in senso contrario. Tanto più quando tali erogazioni si sostanziano in finanziamenti che, per quanto postergati, non fanno che accrescere l'esposizione debitoria della società finanziata (Corte Cassazione, sentenze 22215 e 22216 del 2017).

In ogni caso, una valida scelta per cercare di azzerare il rischio di configurazione della responsabilità in capo alle società appartenenti al gruppo e, in particolare, alla holding, sembra essere l'adozione da parte di ciascuna società di un proprio autonomo modello organizzativo, realmente calibrato sulla realtà organizzativa della singola impresa. Infatti, solo quest'ultimo può realizzare la puntuale ed efficace ricognizione e gestione dei rischi di reato, necessaria affinché al modello sia riconosciuta l'efficiacia esimente di cui all'articolo 6 del decreto 231. Inoltre, soltanto l'adozione del modello da parte di ciascuna società del gruppo conferma l'autonomia della singola unità operativa del gruppo e, perciò, ridimensiona il rischio di una risalita della responsabilità in capo alla controllante.

Ro. Ac.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

CONDominio
PER AMMINISTRATORI E CONDÒMINI

Guida per amministratori e condòmini

IN EDICOLA DAL 10 OTTOBRE
CON IL SOLE 24 ORE A € 9,90 IN PIÙ

Offerta valida in Italia fino al 24 novembre 2017

Quotidiano del Diritto



CRISI D'IMPRESA

Fallimento, estensione condizionata ai soci di fatto di Giovanbattista Tona

L'estensione del fallimento ai soci di fatto può essere disposta istantaneamente dal curatore

se al giudizio partecipa anche il creditore che aveva chiesto la prima dichiarazione di fallimento. Lo ha stabilito la Corte d'appello di Palermo (presidente Perriera, relatore Barone) con la sentenza 726 depositata il 13 aprile scorso.

La vicenda riguarda una Srl dichiarata fallita su iniziativa di un creditore insoddisfatto. Il curatore fallimentare aveva poi proposto ricorso per la dichiarazione di fallimento di altre tre Srl, assumendo che, con la Srl già fallita, costituivano una società di fatto.

quotidianodiritto.ilssole24ore.com
La versione integrale dell'analisi