

Responsabilità 231 nei gruppi multinazionali e sistema di controllo

*Avv. Francesco Sbisà
Dipartimento Penale
Focus Team Corporate Compliance*

Milano, 21 novembre 2018

➤ Responsabilità 231

➤ Sistema di controllo

Nel diritto penale il **gruppo di imprese** ha valore esclusivamente **economico** e **non giuridico**

Il gruppo in sé non è preso in considerazione dal codice penale e quindi **non** ha **valore** giuridico **autonomo**

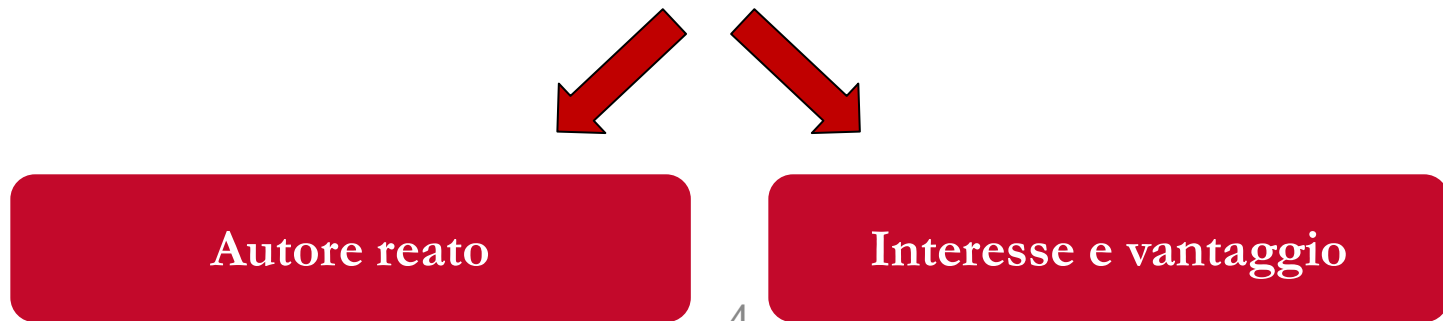
- Ogni società ha una sua **autonomia soggettiva**
- L'amministratore deve perseguire in via prioritaria l'interesse della **società** di **appartenenza**
- L'amministratore **non** può agire contro l'interesse della sua società in nome di un **interesse** riconducibile all'ente collocato al **vertice** del gruppo

Il D.lgs. 231/2001 nulla dispone in merito ai gruppi di società

Non esiste una responsabilità diretta del gruppo, che non è un centro di imputazione per la responsabilità da reato

La **giurisprudenza** riconosce al gruppo una valenza unitaria solo dal punto di vista economico, mentre le **società** rimarrebbero **autonome** e **distinte** sotto il profilo giuridico

Con riferimento ai criteri di imputazione della responsabilità amministrativa degli enti ex D.lgs. 231/2001 prevale una **concezione oggettivo-funzionale** dell'attività svolta.



Interesse e vantaggio

La responsabilità della capogruppo (o di una controllata) **non** può discendere dalla **presunzione** di coincidenza dell'interesse di gruppo con quello delle singole società

È necessario verificare in **concreto** la sussistenza di un **interesse** o di un **vantaggio** della **singola società**

La mera appartenenza ad un gruppo non implica che le scelte di una società perseguano l'interesse dell'intero gruppo, o di altre società (controllate o controllanti)

Una **società facente parte di un gruppo** può essere chiamata a rispondere per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una delle **società collegate**, se:



- una **persona fisica** che agisce **per conto** della **società concorre**, *ex* art. 110 c.p., nella commissione del reato presupposto
- la società ha ricevuto un **concreto vantaggio** o perseguito un effettivo **interesse** a mezzo del reato commesso

Cass. pen., sez. V, 20.6.2011, n. 24583, Tosinvest

I predetti criteri sono idonei a fondare la responsabilità dell'ente con riferimento ad un gruppo:

- **in senso verticale** (possibile responsabilità della holding o della/e controllata/e)
- **in senso orizzontale** (responsabilità di una società per reati commessi nell'ambito di una **società «sorella»**)

La **capogruppo non** riveste una **posizione** di **garanzia** *ex* art. 40 c.p. e quindi **non** ha un **obbligo giuridico** di **impedire** la commissione di reati nell'ambito delle sue controllate

Responsabilità della *holding*

• AMMINISTRAZIONE DI FATTO DIREZIONE e COORDINAMENTO



Ingerenza completa e sistematica nella gestione sociale da parte di un soggetto privo di un'investitura formale (autonomia solo apparente)



Coordinamento della politica economica e delle linee essenziali dell'attività del gruppo

Criticità: l'amministratore della *holding* (i) è amministratore di fatto della controllata o (ii) riveste cariche apicali nelle società controllate coinvolte nel reato (*interlocking directorates*)

Linee Guida Confindustria: «è opportuno evitare che i medesimi soggetti rivestano ruoli apicali presso più società del gruppo («**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»

Responsabilità della *holding*



La *holding* può essere ritenuta responsabile anche se il reato presupposto è stato commesso nell'ambito di una società controllata, se:

- il soggetto che agisce per conto della *holding* **concorre** con colui che commette il reato per conto della controllata (nel caso di specie gli imputati erano **amministratori di fatto** della controllata)
- può ritenersi che la *holding* abbia ricevuto un concreto **vantaggio** o perseguito un effettivo **interesse** a mezzo del reato commesso nell'ambito dell'attività svolta dalla controllata

Cass. pen., sez. II, 27.9.2016, n. 52316, Riva Fire S.p.a.

Giurisdizione italiana e D. Lgs. 231/2001



Cosa succede se le società del gruppo appartengono ad ordinamenti diversi da quello in cui è stato commesso il reato presupposto?

Responsabilità di una **società italiana** in relazione a reati commessi all'**estero**

Sono responsabili *ex* **Art. 4** D. Lgs. 231/2001 per i **reati commessi all'estero** da propri esponenti gli enti con **sede principale in Italia**, qualora ricorrano (in aggiunta ai requisiti generali) le seguenti condizioni:

- i reati presupposto rientrano tra quelli previsti dal codice penale agli artt. 7,8,9,10 c.p. (reati punibili secondo la legge italiana benché commessi all'estero);
- lo Stato in cui è stato commesso il fatto non proceda nei loro confronti.

esempio: corruzione internazionale *ex* art. 322 *bis* c.p.

Responsabilità di una **società italiana** in relazione a reati commessi all'**estero**



Il caso

Corruzione internazionale commessa in Italia-Portogallo-Nigeria.

Il principio di diritto

Ai fini della punibilità dei reati commessi in parte all'estero, è sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato **anche solo un frammento della condotta**, che, seppur privo dei requisiti richiesti per il tentativo, permetta di collegare la condotta realizzata in Italia con quella realizzata in territorio estero. È stato, quindi, ritenuto sufficiente che la sola ideazione del delitto si fosse verificata in Italia, sebbene la restante condotta fosse poi stata attuata all'estero

Cass. pen., sez. VI, 12.02.2016, n. 11442

Responsabilità degli enti **stranieri** con **sede principale all'estero**, che operino in Italia, in relazione a reati commessi del tutto o in parte **in Italia**

➤ enti con **sede principale** all'estero e **sedi secondarie in Italia**

➤ enti stranieri che **operano in Italia** in **assenza di società sul territorio**

Responsabilità degli enti **stranieri** con **sede principale all'estero**



Il caso e la decisione

Siemens AG, ente di diritto tedesco, è stata sottoposta a indagini in relazione a un reato commesso in Italia e il PM ha chiesto l'applicazione di una misura cautelare interdittiva nei confronti della società. Il Tribunale ha applicato la misura cautelare a Siemens AG.

Il principio di diritto

Le persone giuridiche straniere, allorché operano in Italia (anche attraverso una ATI) hanno il dovere di osservare e rispettare la legge italiana (compreso il D. Lgs. 231/2001) indipendentemente dall'esistenza nel loro paese di appartenenza di norme che regolano in modo analogo la stessa materia

Trib. Ries. Milano, ord. 28/10/2004, Siemens

➤ Responsabilità 231

➤ Sistema di controllo

Efficacia esimente e mitigante del Modello a condizione che sia idoneo ed efficacemente attuato



Mancanza di *guidance* da parte delle autorità, solo requisiti di alto livello previsti all'art. 6 D.lgs. 231/2001:

- Organismo di vigilanza col compito di vigilare sul funzionamento, l'osservanza e aggiornamento del modello (art. 6, c. 1, lett. b)
- *Risk-assessment* delle aree di attività soggette a rischio di commissione reati a rilevanza 231 (art. 6, c. 2. lett. a-b)
- Codice Etico, procedure e protocolli interni (art. 6, c. 3)
- Flussi informativi all'organismo di vigilanza (art. 6, c. 2, lett. d)
- Sistema disciplinare idoneo a sanzionare violazioni del modello (art. 6, c. 2, lett. e)
- *Whistleblowing* (art. 6, cc. 2 *bis*, 2 *ter*, 2 *quater*)

Sistema di controllo nei gruppi multinazionali

Il D. Lgs. 231/2001 nulla dispone in merito al **Modello** nei **gruppi** di **società**

Linee Guida Confindustria

- 
- Ogni società del gruppo deve autonomamente predisporre e revisionare il proprio Modello
 - La controllante può dare indicazioni in funzione dell'assetto del gruppo, ma senza che ciò comporti una limitazione dell'autonomia delle controllate
 - Il Modello di ciascuna società deve essere calibrato sulla realtà organizzativa del singolo ente
 - Ogni società deve nominare il proprio OdV, distinto anche nella scelta dei singoli componenti
 - Evitare che i medesimi soggetti rivestano ruoli apicali presso più società del gruppo (*«interlocking directorates»*). Il cumulo di cariche sociali potrebbe avvalorare la tesi del concorso dei vertici di più società del gruppo nella commissione del reato presupposto
 - La controllante può sollecitare l'adozione da parte delle controllate di propri Modelli, senza ingerenze nella attività di elaborazione o revisione dei Modelli
 - La capogruppo può dare indicazioni circa la struttura del codice di comportamento, principi comuni del sistema disciplinare e dei protocolli attuativi, ma questi devono essere attuati in via autonoma da ogni società, tenendo conto delle proprie peculiarità

Autonomia

- «*risk assessment*» che identifichi attività a rischio «specifiche» per singola società
- procedure e controlli specifici per i processi delle singole società
- adattamento codici comportamento, policy e protocolli alla realtà operativa e alle aree di rischio della singola società del gruppo
- in caso di funzioni accentrate, l'amministratore delegato ha funzioni di coordinamento infragruppo ed è responsabile di quella funzione in relazione alla controllata.
- composizione OdV diversa, quantomeno parzialmente (es: presenza di Internal Audit di gruppo in ciascun OdV)
- autonomia e indipendenza dell'OdV da valutarsi nel complesso
- nomina di un OdV monocratico per le società di dimensioni ridotte
- strutturazione dei flussi informativi per ogni ente del gruppo
- per le società maggiori nomina di un Compliance Officer

Coordinamento

- *risk assessment* di gruppo che identifichi attività a rischio «comuni» e *risk assesment* della holding che identifichi attività di rischio «specifiche» per singola società, anche in connessione con l'attività di direzione e coordinamento
- policy su esercizio della direzione e coordinamento
- direttive su adozione e attuazione dei Modelli e su assunzione di ruoli apicali in diverse società del gruppo
- Codice Etico e principi comuni su aspetti generali del Modello (*risk assessment*, formazione, monitoraggio, miglioramento, sanzioni)
- procedure e controlli uguali per i processi «comuni» a più società e per transazioni infragruppo
- funzioni Compliance e Internal Audit di gruppo a supporto degli OdV di tutte le società
- mandato delle funzioni Compliance e Internal Audit conferito da tutte le società del gruppo
- coordinamento e flussi informativi tra gli OdV delle diverse società e flussi informativi dai singoli OdV a quello della *holding*, evitando però la subordinazione
- segreteria di gruppo per tutti gli OdV

Sistema di controllo nei gruppi multinazionali

- Gruppo italiano con significativa presenza all'estero
- *Requisiti legali*
- Sistema di compliance delle società estere conforme alle normative degli altri Paesi
- *Architettura del sistema*
- Basata su Modello per l'Italia
- *Soluzioni e «best practies»*
 - Codice etico (anche unico per il gruppo) che tenga conto della dimensione transazionale del gruppo
 - *Risk assessment* che identifichi i rischi connessi ai diversi paesi in cui operano le società del gruppo
 - Programmi di compliance e policy internazionali richiesti dalle normative dei vari paesi (es. anticorruzione, antiriciclaggio, *antitrust*, *data protection*, *export compliance*)
 - Modelli per le società italiane integrati con programmi di compliance e policy internazionali
 - «*Whistleblowing*» policy conforme alle normative dei diversi paesi
 - Formazione in relazione alla normativa estera di interesse
 - Protocolli e procedure aventi ad oggetto le attività transnazionali e i rapporti con le controllate estere

Sistema di controllo nei gruppi multinazionali

- Gruppo internazionale con società in Italia

- *Requisiti legali*
- Sistema di compliance delle società italiane conforme ai requisiti del D.Lgs. 231/2001
- *Architettura del sistema*
- Basata su *compliance programs* per specifiche aree secondo normative dei vari paesi (es.: anticorruzione, antiriciclaggio, *antitrust*, *data protection*, *export compliance*)
- *Soluzioni e «best practices» per le società italiane*
- Adozione e attuazione di Modelli autonomi
- *Risk assessment* che identifichi attività a rischio «specifiche»
- Modelli strutturati per «processi»
- Nomina di un proprio OdV con autonomi poteri
- Inclusione nei Modelli, per quanto possibile, delle policy internazionali con gli opportuni adattamenti
- Utilizzo del supporto delle Funzioni Compliance e Internal Audit di gruppo (in base ad appositi mandati conferiti dalle singole società)



Grazie per l'attenzione

Francesco Sbisà
francesco.sbisà@belex.com