

*Compliance e Diritto societario*

# Diritto societario e indagini interne alla società

*Prof. Avv. Umberto Tombari*

*Ordinario di Diritto commerciale Università degli studi di Firenze*

Milano, 21 novembre 2018

[umberto.tombari@tdlex.eu](mailto:umberto.tombari@tdlex.eu)

# La compliance: una premessa

- ▶ è una delle funzioni aziendali di controllo (insieme al *Risk Management* e all'*Internal Audit*: v. anche Nuove Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche di Banca d'Italia) ed è parte del «sistema di controllo interno» di una società;
- ▶ è uno «strumento» per gestire e minimizzare il rischio di non conformità alle specifiche norme di legge e/o di autodisciplina che si applicano alla società;
- ▶ la responsabilità in merito all'istituzione della funzione di *compliance* spetta, in caso di adozione del sistema tradizionale di amministrazione e controllo, agli amministratori (coadiuvati nella gestione, secondo le migliori prassi internazionali, da un ufficio permanente e indipendente, cd. *Head of Compliance*). È un momento del «governo societario».

# Compliance e indagini interne a «confronto»

- ▶ sotto il profilo del diritto societario, non esiste una disciplina legislativa specifica in tema di *compliance*, né di «indagini interne». Soprattutto in Italia, peraltro, ambedue sono marginalmente oggetto di dibattito e di studio, nonostante siano sempre più rilevanti nella realtà delle grandi imprese;
- ▶ il loro rapporto si risolve nella **riconduzione** (almeno in parte e non in via esclusiva) **delle indagini interne all'interno della funzione di compliance.**

# Le indagini interne: una premessa

- ▶ sono un'ipotesi sempre più praticata nelle realtà delle grandi imprese (in particolare, multinazionali che esercitano attività in settori esposti al rischio penale);
- ▶ in Italia non esiste una disciplina normativa specifica parametrata sulla realtà societaria, ma è possibile individuare alcune disposizioni riconducibili, anche indirettamente, alle indagini interne o che comunque possono vincolarne lo svolgimento (es. previsioni c.p.p. in materia di investigazioni preventive; disciplina in materia di *privacy* e tutela del lavoratore, *disclosure* delle informazioni *price sensitive*, artt. 2381 e 2403 c.c., art. 149 Tuf) → tuttavia, è opportuno segnalare la legge n. 179/2017 in materia di **whistleblowing** che impone agli enti di dotarsi di un sistema interno per la presentazione e la gestione delle segnalazioni, provenienti da dipendenti o collaboratori, di illeciti/violazioni del modello di organizzazione e gestione (v. art. 6, comma 2- bis, d.lgs. n. 231/2001, inserito da art. 2, l. n. 179/2017); sulla base di queste «segnalazioni» può essere avviata un'indagine interna.

→ **le indagini interne non rappresentano un fenomeno estraneo al diritto azionario, il quale al contrario impone e implicitamente prevede determinati poteri/doveri dell'organo amministrativo (e dell'organo di controllo) nella proposizione, deliberazione, conduzione e «monitoraggio» di una indagine interna.**

# Le indagini interne: profili generali

Rispondono, nelle esperienze giuridiche ove si è sviluppata, a **due esigenze**:

- ▶ ricerca di un «premio» per l'ente e del «salvacondotto» per i controllori;
- ▶ consolidamento dell' attorney - client privilege.

Possono svolgersi secondo **due modalità**:

- ▶ utilizzando le funzioni interne della società (*compliance, audit, legale, risorse umane ecc.*): sono sufficientemente imparziali?
- ▶ affidandosi a risorse esterne (studi legali esperti di *forensic e/o* società di revisione).

# Le indagini interne: esperienze giuridiche a confronto - Stati Uniti

- ▶ la prassi delle *internal investigations* ha acquistato un'importanza cruciale: le società rivestono sempre più un ruolo proattivo nella verifica delle possibili condotte illecite e forniscono la loro collaborazione agli organi inquirenti;
- ▶ si individuano diverse tipologie di *internal investigations* (a seconda che il segnale di allarme tocchi *minor* o *high – level misconduct*);
- ▶ l'indagine interna è spesso affidata ad avvocati esterni, coadiuvati dalla funzione legale d'azienda e coordinati da un organo indipendente (es. *Audit Committee*);
- ▶ la giurisprudenza statunitense ha fondato sul *duty of care* uno specifico dovere degli amministratori di «reagire» di fronte a «segnali di allarme» con un approfondimento della situazione di fatto (avvio della cd. indagine interna).

# (Segue) La Germania

- ▶ non sono oggetto di una specifica disciplina normativa;
- ▶ sono uno degli strumenti a disposizione del consiglio di gestione per adempiere all'obbligo «da *compliance*» di assumere, in presenza di indizi di non conformità, le misure necessarie per accertare, sanzionare, impedire eventuali violazioni di legge, limitare i danni e i rischi per la società → il consiglio di gestione ha **discrezionalità** nel decidere quali strumenti utilizzare e se avviare un'indagine interna (limite: attività incompatibile con l'interesse sociale, ad es. se può arrecare un danno reputazionale);
- ▶ coinvolgono numerosi soggetti tra cui: il consiglio di gestione, l' *audit* interno, il *Compliance Officer*, i consulenti esterni (studi legali, società di revisione) e il consiglio di sorveglianza.



# L'Italia: le indagini interne nella s.p.a. quotata e il ruolo del consiglio di amministrazione

A chi spetta la decisione di avviare un'indagine interna in presenza di segnalazioni di «non conformità»?

- ▶ non rientra nella competenza dell'amministratore delegato che deve «solo» **curare l'adeguatezza della funzione di compliance e dei cd. compliance programs** (v. art. 2381, comma 5, c.c.);
- ▶ **il consiglio di amministrazione riveste invece un ruolo centrale nell'assunzione della decisione** (v. Commento art. 1 Codice di autodisciplina «...in presenza di circostanze rilevanti, il consiglio di amministrazione acquisisce le informazioni necessarie e adotta ogni opportuno provvedimento per la tutela della società e dell'informativa al mercato») → un potere/dovere che trova giustificazione nei doveri di *i) assumere, e di far assumere dai dipendenti dell'impresa, condotte legittime; ii) gestire l'impresa con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico; iii) corretta amministrazione; oltre che al fine di integrare una condotta riparatoria ex art. 17 del d.lgs. n. 231/2001.*

## (Segue): conclusioni

Il consiglio di amministrazione non è obbligato ad attivare in ogni caso l'indagine interna ma ha il «solo» **obbligo di porsi il problema se attivarla o meno e di decidere in modo informato e dopo un'adeguata istruttoria** → *d'altra parte, l'avvio di un'indagine interna rappresenta l'unica via per dotarsi di una adeguata istruttoria e di adeguate informazioni da porre alla base delle decisioni imprenditoriali e per poter invocare, in un ipotetico scenario di responsabilità gestoria, la* **Business Judgment Rule.**

L'indagine interna potrà essere disposta, infine, solo se **coerente con l'interesse sociale.**

# (Segue): alcune questioni aperte

- ▶ il Consiglio di Amministrazione può delegare la decisione se avviare o meno l'indagine interna (e non solo la fase esecutiva e di primo monitoraggio)?
- ▶ l'organo di controllo, in presenza di concreti segnali di allarme e di «inadempienza» del Consiglio di Amministrazione, può promuovere un'indagine interna?
- ▶ come si atteggia la dinamica di una indagine interna in una società soggetta a direzione e coordinamento e quale ruolo è tenuta ad assumere la società capogruppo?

# L' «iter» delle indagini interne

## **Fase 1: la convocazione del Consiglio di amministrazione**

Il presidente in presenza dei primi segnali di allarme (resi noti, ad es., dalla funzione di *compliance* o dai sistemi di *whistleblowing*) convoca il Consiglio di Amministrazione.

## **Fase 2: l'istruttoria consiliare**

Il Consiglio di Amministrazione può assumere una decisione in modo consapevole solo con il supporto di un'istruttoria adeguata svolta dal Comitato controllo e rischi, eventualmente coadiuvato dalla funzione di *Internal Audit* (v. Codice di autodisciplina, art. 7, C.2, lettere g) ed e)).

## **Fasi 3 e 4: la fase «decisoria» e la fase «esecutiva»**

Il Consiglio di Amministrazione decide se attivare o meno l'indagine interna e con quali **modalità** (attraverso strutture interne come la funzione *compliance* e *internal audit* oppure tramite soggetti esterni come studi legali e società di revisione, la cui scelta e coordinamento potrebbe essere affidata al Comitato controllo e rischi).

Il Consiglio di Amministrazione potrà **delegare** uno o più componenti, o anche il medesimo Comitato, a curare e seguire lo svolgimento dell'indagine interna in base alle direttive e alle informazioni dallo stesso fornite.