

## L'ORGANISMO DI VIGILANZA NEI GRUPPI

Avv. Manuela Mazzucco

*Equity Partner di Coratella – Studio Legale*

### ➤ Premessa

Il D.Lvo 8 giugno 2001, n. 231 ha costituito sin dal momento della promulgazione materia di grande interesse e terreno di confronto di orientamenti interpretativi e di tecniche applicative, nonché di raccordo di discipline di settori diversi e spesso disomogenei tra loro<sup>1</sup>.

L'aspetto qualificante del sistema di responsabilità introdotto dal D. lgs. 231/01 è rappresentato dal principio di effettività del modello di organizzazione, gestione e controllo per la prevenzione dei reati e dalla costituzione di un organismo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo che vigili sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e ne curi l'aggiornamento (c.d. OdV)<sup>2</sup>.

In tale ambito, dunque, l'OdV è l'organismo deputato a garantire la funzionalità, l'efficacia e l'effettività dell'equipaggiamento voluto per le aziende dal legislatore e preordinato a scongiurare deviazioni criminali in ambito aziendale.

Il D. Lvo 231/2001, tuttavia, nel disciplinare la responsabilità amministrativa da reato degli enti, non prende in considerazione l'ipotesi in cui il reato sia commesso nell'ambito di un gruppo di imprese, ma si occupa, in via generale, della responsabilità dell'ente *individually designed*, circostanza che impone allo studioso del diritto un'articolata interpretazione sistematica delle norme del citato decreto, oltre che – se ci è consentito – delle regole di buon senso che possano essere un valido ausilio alla risoluzione della problematica inerente la costituzione dell'OdV nei gruppi<sup>3</sup>.

L'omissione appare particolarmente rilevante almeno per tre ordini di considerazioni:

a) al fenomeno dei gruppi è riferibile gran parte dell'economia sia nazionale che mondiale (in ambito nazionale i dati Istat diffusi nel 2009, per l'anno 2007, parlavano di ca. 74.000 gruppi di imprese in grado di coinvolgere il 21,5% delle società di capitali con un peso sull'occupazione del 56,4%)<sup>4</sup>;

b) nell'ambito dei gruppi si assiste in maniera ancora più accentuata:

- a quel fenomeno di spersonalizzazione delle condotte che costituisce uno degli incentivi più rilevanti alla criminalità di impresa (l'agire collettivo genera, il più delle volte, comportamenti inconcepibili per l'agente singolo e consente di contribuire a pratiche illecite, senza sentirsi personalmente responsabili, con un'attenuazione delle inibizioni ed una maggiore disinvoltura nel superare gli argini della legalità);

- a quel fenomeno di divisione del lavoro e di divisione dei processi decisionali, che

---

<sup>1</sup> BARTOLOMUCCI, “Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'organismo di vigilanza. Una riflessione critica”, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 2/2007, pg. 23 ss.

<sup>2</sup> CORATELLA, “Organismi di vigilanza 231: nomina e composizione”, in *Diritto e Pratica delle Società*, Il Sole 24 Ore, n. 2/2011, pg. 53.

<sup>3</sup> CORATELLA, “231 e gruppi di imprese: l'interesse di gruppo come criterio di imputazione”, in *Diritto e Pratica delle Società de Il Sole 24 Ore*, Milano, n. 2/2010, pg. 52.

<sup>4</sup> Dati ISTAT diffusi il 1° dicembre 2009 relativi alla struttura e dimensione dei gruppi di imprese presenti in Italia nel 2007 (Archivio statistico dei gruppi di imprese, costruito in ottemperanza alle disposizioni dei Regolamenti europei n. 177/2008 e n. 696/1993). Cfr., CORATELLA, “231 e gruppi di imprese: l'interesse di gruppo come criterio di imputazione”, in *Diritto e Pratica delle Società de Il Sole 24 Ore*, Milano, n. 2/2010, pg. 52.

sono fattori criminogeni tipici dell'organizzazione dell'impresa<sup>5</sup>;

c) i gruppi di imprese hanno una maggiore idoneità, qualitativa e quantitativa, ad incidere sul mondo esterno poiché sono capaci di arrecare offese di portata in precedenza sconosciuta a beni collettivi ed individuali (si pensi ad alcuni disastri ambientali, registrati in questi ultimi anni e che hanno visto come protagonisti proprio i gruppi di società, o alla frode subita dai risparmiatori negli scandali finanziari che hanno costellato i primi anni del secolo<sup>6</sup>).

➤ **La definizione di gruppo di imprese**

Si consideri, inoltre, che la problematica dell'OdV nei gruppi è resa ulteriormente intricata dalla mancanza di una compiuta definizione di "gruppo di imprese".

Innanzitutto, come è noto, il gruppo di società prima di essere una creazione legislativa, è un fenomeno frutto dell'inventiva imprenditoriale, una creazione dell'autonomia privata, tanto è vero che quando la legge è intervenuta, lo ha fatto solo per prendere atto di un già consolidato fenomeno<sup>7</sup> e comunque in maniera piuttosto generica, parlando più che altro di "direzione e coordinamento".

Ora, se pensiamo al gruppo in termini aziendalistici, possiamo dire che, pur adottando impostazioni teoriche differenti, gli aziendalisti sono generalmente concordi nel qualificare il "gruppo" come un istituto economico costituito da più aziende, ciascuna individuata da un distinto soggetto giuridico, governate secondo gli orientamenti di un comune soggetto economico. In altre parole, esso configura un complesso economico costituito da una pluralità di aziende giuridicamente autonome, le quali vengono controllate da un medesimo soggetto economico che ne coordina le attività secondo un disegno strategico unitario. L'elemento accentratore e qualificante è, dunque, la "direzione unitaria", come luogo nel quale si esercitano i poteri di programmazione, di decisione e di controllo.

In termini giuridici<sup>8</sup>, invece, la questione si complica poiché il Legislatore delegato per la riforma del diritto societario non ha dato una definizione normativa organica di "gruppo di imprese", né il codice civile, in via generale, contiene tale enucleazione.

La Legge-delega per la riforma del diritto societario, infatti, tra i principi generali in materia di società di capitali, aveva previsto proprio quello di "disciplinare i gruppi di società secondo i principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti" (art. 2, comma 1, lettera b, legge n. 366/2001), tuttavia, il legislatore delegato, non ha fornito una definizione di "gruppo di imprese" e si è limitato a disciplinare una "circostanza di fatto": l'effettiva attività di direzione e coordinamento di società.

Il Codice Civile, che dedica complessivamente pochi articoli all'argomento, stabilisce, tra l'altro, che sono considerate "società controllate" le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (art. 2359, comma 1, n. 1, c.c. - c.d. *controllo di diritto*) o di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (art. 2359, comma 1, n. 2, c.c. - c.d. *controllo di fatto*), nonché le società che sono sotto influenza dominante di un'altra

---

<sup>5</sup> DE MAGLIE, "L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società", Milano, 2002, pg. 251 ss.; D'AMATO, "I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti", in Trattato di diritto penale dell'impresa, Vol. X, Padova, 2009, pg. 234-235.

<sup>6</sup> D'AMATO, "I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti", in Trattato di diritto penale dell'impresa, Vol. X, Padova, 2009, pg. 236.

<sup>7</sup> GALGANO, "I gruppi nella riforma delle società di capitali", in Contratto e Impresa, Padova, n. 3/2002, pg. 1016 ss..

<sup>8</sup> CORATELLA, "231 e gruppi di imprese: l'interesse di gruppo come criterio di imputazione", in Diritto e Pratica delle Società de Il Sole 24 Ore, Milano, n. 2/2010, pg. 52.

società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (art. 2359, comma 1, n. 3, c.c. - c.d. *controllo di fatto*). Sono considerate “società collegate”, invece, le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole, la cui sussistenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati (art. 2359, comma 2, c.c.).

#### ➤ **L'OdV nel gruppo di imprese**

Tutto ciò premesso e considerato, si tratta allora di rispondere alla domanda se l'OdV può avere o meno, nell'ambito dei gruppi così intesi, carattere unitario, guardando alle peculiarità dell'accezione aziendalistica nella prospettiva del giurista.

La risposta è di chiara evidenza.

L'art. 6 del d.lgs. 231/01, infatti, prevede che, nell'ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, l'ente non risponde se prova (cumulativamente e non alternativamente): a) che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) che il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) che i soggetti autori dell'illecito hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

L'efficacia esimente, dunque, è stata subordinata dal Legislatore alla costituzione di un organismo di vigilanza “dell'ente” con poteri autonomi deputato al delicato compito di vigilare sulla effettiva operatività e osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento<sup>9</sup>.

La questione, pertanto, è, ad avviso di chi scrive, risolta testualmente dallo stesso art. 6, lettera b) del decreto a tenore del quale il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli deve essere affidato “*ad un organismo dell'ente*” e, pertanto, non “di un altro ente”, come potrebbe essere<sup>10</sup>, ad esempio, la società capogruppo nei confronti delle sue controllate o le stesse controllate reciprocamente tra loro.

Questo significa che, nei gruppi, ciascuna società deve avere il proprio organismo di vigilanza poiché così come non è configurabile un modello organizzativo della capogruppo con efficacia estensiva nei confronti delle controllate, lo stesso non si può pensare di istituire un “OdV di Gruppo”, pena la violazione della norma appena citata.

L'asserzione inversa, del resto, si porrebbe in contrasto con la stessa Relazione governativa al Decreto che, in tema di vigilanza sull'effettiva operatività dei modelli, recita che: “*per garantire la massima effettività del sistema, è disposto che la società si avvalga di una struttura che deve essere costituita al suo interno (onde evitare facili*

---

<sup>9</sup> CORATELLA, “Organismi di vigilanza 231: nomina e composizione”, in *Diritto e Pratica delle Società*, Il Sole 24 Ore, n. 2/2011, pg. 53; MARVASI, *Compiti, requisiti e poteri dell'Organismo di Vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 2/2009, pg. 51.

<sup>10</sup> LECIS, “L'organismo di vigilanza nei gruppi di società”, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2009, pg. 49 ss., il quale ha evidenziato che l'OdV è “dell'ente” quando è stato nominato dall'organo direttivo di quello stesso ente (cfr. art. 6, comma primo, lett. a), vigila sul funzionamento del modello organizzativo di quell'ente e si interfaccia con gli organi gestionali e di controllo dell'ente nel quale è costituito. Per approfondimenti: GHINI-LEDDA, “Organismo di Vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici”, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2008, pg. 213 ss.; INSINGA, “La nomina e il funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, autonomia dell'ente fra vincoli e opportunità”, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2009, pg. 209.

*manovre volte a preconstituire una patente di legittimità all'operato della società attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, e soprattutto per fondare una vera e propria colpa dell'ente), dotata di poteri autonomi e specificamente preposta a questi compiti.”.*

Inoltre, è opportuno evidenziare che per un adeguato assolvimento dei suoi compiti, l'OdV deve esercitare la funzione istituzionale attribuitagli dall'art. 6 del decreto solo con riferimento allo specifico modello organizzativo del quale è chiamato a vigilare il funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento. Difatti, nei gruppi, per quanto esteso e penetrante possa essere il controllo della holding e l'ipotetica “vigilanza di gruppo” del relativo organismo, è solo a livello di ogni singola società operativa che può essere eseguita una efficace e completa attività di sorveglianza. Un unitario OdV di gruppo avrebbe, dunque, un'alta probabilità di non essere idoneo ad adempiere ai compiti istituzionali assegnategli dal Legislatore e, pertanto, di non riuscire ad avere l'efficacia scriminante sempre fortemente auspicata dall'ente imputato.

Ma vi è di più.

Sotto altro profilo, un “OdV di gruppo” diventa un significativo indice di una piena e costante ingerenza della controllante negli affari della controllata e diverrebbe, perciò, esso stesso sintomatico di un coinvolgimento degli appartenenti alla controllante nei reati commessi nella gestione della controllata, con il possibile “effetto di risalita” della responsabilità verso l'alto<sup>11</sup>.

La società capogruppo, tutt'al più, potrà interessarsi dell'effettiva adozione del modello e costituzione dell'OdV da parte di ciascuna delle società controllate, assicurandosi che quest'ultime siano nelle condizioni di adeguarsi alle statuizioni del decreto, e, eventualmente, favorendo lo scambio di esperienze<sup>12</sup> tra le varie unità del gruppo e svolgendo un ruolo di stimolo rispetto a successivi adeguamenti, ma senza rendersi protagonista della costituzione dell'OdV.

Infatti, il rischio-reato va gestito da ogni singola società al suo interno e, per tale ragione, ogni società del gruppo, così come deve elaborare autonomamente il proprio modello organizzativo, così dovrà costituire un proprio organismo *ad hoc*.

Le Linee Guida di Confindustria, sul punto, suggeriscono per i gruppi di imprese con controllate non quotate o di medio-piccole dimensioni, la costituzione di un OdV in ogni società controllata fatta salva la possibilità di attribuire questa funzione direttamente all'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, così come espressamente previsto dall'art. 6, co. 4, D. Lgs. n. 231/01<sup>13</sup>. Per i gruppi di imprese con controllate

---

11 Tale orientamento si riallaccia alla ratio di altre disposizioni di legge in tema di direzione e controllo, tra le quali, ad esempio, quella di cui all'art. 2497 c.c. che dispone che le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

12 Il rapporto tra i diversi OdV all'interno di un Gruppo può essere un'opportunità ed in questo senso deve essere adeguatamente utilizzato. Non dovrà, tuttavia, scambiarsi il coordinamento con l'ingerenza; i vari OdV dovranno esercitare autonomamente i loro compiti (Lecis, “L'organismo di vigilanza nei gruppi di società”, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2009, pg. 49).

13 L'Organismo della controllata potrà avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello, delle risorse allocate presso l'analogo Organismo della Capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa. I dipendenti dell'Organismo della Capogruppo, inoltre, nella effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono nella sostanza la veste di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata

quotate o di grandi dimensioni, invece, a causa della complessità che in queste realtà inevitabilmente assume il modello di organizzazione e controllo – e, conseguentemente, l’attività di vigilanza sulla sua effettiva efficacia – le Linee invitano ad istituire in tutte le società controllate un OdV dotato di risorse adeguate, fatta salva la possibilità di “commissionare” verifiche sul funzionamento del modello a forte contenuto specialistico a figure professionali esterne appartenenti a società di consulenza o all’omologo OdV della Capogruppo<sup>14</sup>.

➤ **La composizione - fotocopia degli OdV nelle società appartenenti ad un gruppo**  
Un ulteriore aspetto della problematica della costituzione degli OdV nei gruppi di imprese attiene alla composizione di tale organismo e, specificatamente, alla possibilità o meno che uno o più componenti di un OdV di una società del gruppo partecipi ad altri organismi del gruppo (fino addirittura al caso limite della riproposizione della medesima formazione in più società)<sup>15</sup>.

Ora, da un punto di vista esclusivamente formale, nulla vieta tale commistione, tuttavia, rileggendo il problema in chiave squisitamente dinamica, è anche vero che tanti OdV multipli, agli occhi del magistrato, inquirente o requirente che sia, potrebbero apparire come la prova di un “coordinamento” che si atteggia in realtà come “ingerenza” da parte della capogruppo, con buona pace dell’autonomia e dell’indipendenza che deve sempre e comunque caratterizzare l’OdV nell’esercizio dei propri compiti<sup>16</sup>. Le partecipazioni fotocopia nei vari OdV del gruppo, infatti, non sembrano garantire i requisiti richiesti dalla legge e dalle Linee Guida di categoria di autonomia, indipendenza e continuità dell’azione, che consentono all’organismo, quando presenti, di svolgere una corretta e efficiente vigilanza.

La identità di composizione degli OdV delle varie società del gruppo, anzi, può costituire un indizio della consapevolezza, se non addirittura della compartecipazione, della controllante agli illeciti commessi nella controllata, o, anche, la volontà della controllante di contravvenire alle indicazioni del Legislatore obbligando gli OdV delle controllate – fotocopia dell’OdV della controllante – ad abdicare, di fatto, alla propria funzione istituzionale.

Il suggerimento, dunque, è quello di creare all’interno del gruppo degli OdV almeno in parte non coincidenti nella loro composizione, in modo da prevenire – senza però rinunciare a positivi riscontri in termini di efficienza e di economicità degli interventi – il rischio di estensione e/o “risalita della responsabilità” nel processo penale nei confronti dell’ente.

---

stessa, riportando all’Organismo di vigilanza di quest’ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

<sup>14</sup> Linee Guida Confindustria 2008.

<sup>15</sup> LECIS, “L’organismo di vigilanza nei gruppi di società”, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2009, pg. 49.

<sup>16</sup> PISANI, “I requisiti di autonomia e indipendenza dell’Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001”, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2008, pg. 155.