

Il sistema di controllo: l'organismo di vigilanza nei gruppi
Avv. Stefano Ocello
Direzione Conformità Rischio e Certificazioni Atac S.p.A.

- 1) Il concetto di gruppo
- 2) La disciplina delle *holding*
- 3) Cenni sulla responsabilità della *holding* e degli amministratori: i criteri di collegamento
- 4) L'organismo di vigilanza nella *holding* e nella controllata
- 5) Le linee guida di Confindustria e Abi
- 6) Conclusioni

1) Il concetto di gruppo

Il Gruppo Societario, come concetto normativo, deriva dall'esperienza anglosassone e finalmente normato in Italia a partire dall'introduzione della riforma del Diritto Societario. In precedenza, invero, il collegamento tra imprese, benchè diffusamente conosciuto come Gruppo, ovvero Holding, era individuato più dalla capacità degli addetti ai lavori di rilevarne i profili di rilevanza giuridica che da norme disciplinanti la materia.

Con la riforma del 2003 è stata introdotta la disciplina civilistica di cui agli artt. 2497 e seguenti che, unitamente all'art. 2359, disciplinano i profili di responsabilità delle imprese controllanti e controllate, i requisiti richiesti al fine di tutelare i terzi ed i principi in base ai quali la legge conferisce rilevanza giuridica al collegamento fra imprese. A questa impostazione consegue anche un regime della responsabilità particolarmente rigido ove, se danno o illecito è commesso, la responsabilità è affermata principalmente in capo agli amministratori della controllante e, risponde solo in via solidale “...chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio” (c.c. 2497 co.2).

Anche solo il fatto di essere a conoscenza di una attività anomala e di non aver preso provvedimenti potrà quindi essere fonte di responsabilità anche se, è importante sottolinearlo, la soddisfazione del socio o del creditore sociale eventualmente danneggiato potrà avvenire sul patrimonio della controllante solo ove il patrimonio della controllata non sia bastevole.

2) La disciplina delle holding

La disciplina codicistica prevede una dettagliata regolamentazione delle politiche di gruppo, ovvero, come debbano essere disciplinate le azioni di coordinamento (c.c. 2497 co. 1), i riflessi di responsabilità delle aziende controllanti e dei loro amministratori (c.c. 2497 co. 1 e 2), le forme di pubblicità per garantire la conoscibilità dei rapporti di interdipendenza ai terzi (c.c. 2497 bis), garanzia di motivazione delle decisioni di coordinamento (c.c. 2497 ter), il recesso del socio controllato (c.c. 2497 quater), il controllo sulle tipologie di finanziamento (c.c. 2497 quinquies), e via dicendo.

Alla luce delle impostazioni normative, la caratteristica saliente è rappresentata dalla cautela imposta dal legislatore per i metodi di gestione indiretta di differenti realtà societarie, privilegiando in tal modo sistemi che assicurino la ripercorribilità delle operazioni finanziarie e l'identificazione dei soggetti che pongono in essere le decisioni, in accordo con le nuove metodologie di imputazione delle responsabilità.

Il complesso sistema sopra delineato, contiene poi norme di chiusura (c.c.2497-sexies e c.c. 2497-septies) che pongono una presunzione di direzione e coordinamento (salvo prova contraria) in capo alle società o enti che siano tenuti (per legge e non quindi su base volontaria) al consolidamento dei propri bilanci o che comunque le controllino ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Il sistema di presunzioni esistente (presunzione di direzione e coordinamento se l'azienda è tenuta alla redazione del bilancio consolidato, ovvero, presunzione di influenza notevole per considerare collegate due o più società), non pone al riparo da conseguenze di ordine logico già in vigore nel sistema civilistico. Sarebbe a dire che anche ove tali presunzioni non possano essere applicate per mancanza dei requisiti in capo a società eventualmente oggetto di rivendicazioni, sarà sempre possibile per il terzo dimostrare come, nei fatti, sia sussistente la direzione ed il coordinamento od il controllo ed il collegamento.

Da ultimo, va in particolare rilevato come il nuovo codice societario, prevedendo esplicitamente la possibilità che le azioni appartengano ad un socio unico (c.c. 2325), che la responsabilità della direzione e coordinamento sia imputabile non solo a società ma in generale anche ad enti (c.c. 2497 cpv.) e non prevedendo discipline speciali per le società partecipate dallo Stato od enti pubblici se non per ciò che attiene la nomina di amministratori e sindaci, fa ritenere pienamente operante la disciplina anche per i Gruppi amministrati dallo Stato o dagli Enti Locali.

3) Cenni sulla responsabilità della holding e degli amministratori: i criteri di collegamento

La norma posta a base della responsabilità degli amministratori è l'art. 2392 c.c. Tale articolato introduce il principio secondo cui gli amministratori devono assolvere i doveri imposti dalla legge e dallo statuto non più con la diligenza del mandatario, bensì con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico conferito e dalle specifiche loro competenze. L'inosservanza di tali doveri sarà fonte di responsabilità solidale verso la società.

Tale norma va letta in coordinamento con l'articolo 2387 c.c. che prevede la possibilità di subordinare per statuto l'assunzione della carica di amministratore a possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza. Ne deriva che la responsabilità dell'amministratore diventa una vera e propria responsabilità professionale. A ciò si aggiunga il secondo comma dell'art. 2392 c.c., che prevede la responsabilità solidale degli amministratori in caso di inerzia di fronte a fatti pregiudizievoli per la società.

A ciò aggiungasi che l'articolo 2381 c.c., nel disciplinare i compiti degli amministratori, prevede al co. 5 che *"...gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e dimensioni dell'impresa e riferiscono... sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate"*.

Siamo quindi in presenza della concreta possibilità che gli amministratori siano chiamati in causa a rendere conto del merito delle proprie scelte organizzative, che potranno essere valutate ex post, in presenza dell'eventuale danno per i terzi, quale diretta fonte di questi.

Fatte queste debite premesse, avvicinandoci al tema centrale della presente analisi, un accenno va sicuramente fatto alle implicazioni che tale sistema di partecipazioni porta alla luce della disciplina prevista dal D.lgs. 231/2001. Tale normativa, com'è noto, fa ricadere degli effetti sanzionatori di vario tipo sulla società quando un determinato reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio della stessa.

Senza di proposito affrontare i vari distinguo, che ai fini della nostra analisi non sono rilevanti, ciò che interessa capire è rappresentato dal fatto che se il reato viene commesso all'interno di una società controllata (o collegata sotto influenza notevole) nell'interesse o a vantaggio della controllata, si possa o meno far risalire gli effetti sanzionatori della normativa anche alla controllante.

Questo interrogativo, inoltre, trova un inasprimento della problematica causato dall'interesse o vantaggio presunto dalla partecipazione stessa della capogruppo, a prescindere dalla tipologia di assetto organizzativo della holding, ovvero sia che, eserciti sulle controllate operative una attività di direzione e coordinamento, (holding pura), sia nel caso in cui la holding eserciti la medesima attività di impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto.

La funzione della holding, quindi, è essa stessa funzione imprenditoriale che corrisponde alla funzione di direzione strategica e finanziaria tipica in ogni impresa, avente per oggetto, non la gestione di partecipazioni azionarie in quanto tali, ma l'esercizio indiretto dell'attività d'impresa che permea l'intera struttura organizzativa del gruppo.

Il criterio di collegamento, quindi, se da una parte è ineludibile poiché rappresentato da un interesse trasversale, al tempo stesso non deve essere aggravato, a mio modestissimo avviso, da scelte organizzative altamente a rischio tra le quali rientrano, ad esempio, la nomina di amministratori nelle controllate con il doppio ruolo di dirigente, o peggio, di amministratore nella controllante.

4) L'Organismo di Vigilanza nella holding e nella controllata

Orbene, premesso che la responsabilità da "organizzazione" degli amministratori è un dato di fatto incontestabile, procedere ad una corretta *compliance* con la normativa 231, e specificatamente sulle scelte organizzative relative all'Organismo di Vigilanza, non è una questione di poco momento. E se a ciò si aggiunge che tale responsabilità potrebbe far discendere sanzioni 231 alla capogruppo, applicare la giusta interpretazione porterebbe non pochi benefici.

Gli interrogativi che ci si pone sono i seguenti:

- Collocazione dell'Organismo di Vigilanza - accentrato nella holding o decentrato presso le controllate;
- Composizione dell'Organismo di Vigilanza - persone interne al gruppo, persone esterne al gruppo e persone interne ed esterne al gruppo;
- Responsabilità 231 della holding.

Venendo al primo interrogativo, ovvero se si debba avere un Organismo di Vigilanza unico per tutto il gruppo, al di là di facili tentazioni velleitarie di risparmi in incarichi ed estensione della potestà di controllo, va preliminarmente rilevato che la normativa del D.lgs.231/2001 all'art. 6 lettera b) parla di un "organismo dell'ente".

E' di palmare evidenza che, senza voler considerare il fatto che le caratteristiche di autonomia ed indipendenza richieste dalla norma verrebbero del tutto vanificate, da cui la mancata copertura del modello, saremmo noi stessi ad offrire al giudicante la possibilità di interpretare la norma estensivamente ricomprendendo nel concetto di "ente" tutta la struttura organizzativa della holding attraverso il criterio di collegamento dell'esercizio della funzione di impresa.

La soluzione che a mio parere sembrerebbe la più accreditabile e con minori rischi, sarebbe quindi dotare ognuna delle società controllate di un proprio Organismo di Vigilanza, con un ruolo di verifica ex post dell'Organismo di Vigilanza della Capogruppo sull'osservanza, da parte delle società controllate, delle prescrizioni di legge previste dal D.lgs. 231/2001.

Si suggerisce inoltre che le società controllate, in piena libertà e autonomia, nell'adottare il proprio modello organizzativo e di controllo ai sensi del D.lgs. 231/2001 effettuino specifiche scelte in relazione alle concrete esigenze operative, approvandolo con apposita delibera dei singoli Consigli di Amministrazione delle società stesse e trasmettendolo alla holding.

In relazione al Modello deliberato dai singoli Organi amministrativi delle società controllate, inoltre, dovrà essere prodotta una idonea reportistica periodica verso le competenti strutture della holding, sul rispetto dell'osservanza dei presidi organizzativi e di controllo del modello previsti dalle singole società e sul loro stato di attuazione.

Veniamo ora al secondo interrogativo, ovvero come comporre l'Organismo di Vigilanza.

Tenendo conto della discreta quantità di interpretazioni su come vada affrontata la questione "composizione dell'Organismo di Vigilanza", vorrei glissare sulle problematiche relative alla uni/pluri-personalità dell'Organismo di Vigilanza, numero dei componenti e professionalità richieste. Credo che, nonostante la materia sia ancora oggetto di ampio dibattito, l'occasione presente sia da sfruttare appieno nelle sue potenzialità.

Mi preme, infatti, affrontare preliminarmente la questione relativa alla composizione dell'Organismo di Vigilanza in termini di appartenenza societaria e ruolo rivestito nel gruppo, alla luce dei criteri di collegamento sopra evidenziati, in special modo dell'Organismo di Vigilanza della società controllata. Vediamo le possibilità:

a) Composizione dell'Organismo di Vigilanza con persone interne al gruppo:

Procedere alla nomina di membri dell'Organismo di Vigilanza di persone che rivestano funzioni nella controllante o sia nella controllante che nella controllata, comprometterebbe di per sé l'indipendenza di funzionamento e l'autonomia dell'Organismo di Vigilanza della controllata, così integrando la fattispecie del criterio di collegamento funzionale dell'esercizio d'impresa e, nel caso della seconda ipotesi, anche del criterio di collegamento del doppio ruolo.

Basti pensare ad un dirigente (quindi apicale della controllante) che venga posto a capo di una controllata S.r.l. di piccole dimensioni e che ai sensi dell'art. 6 comma 4 del D.lgs. 231/2001, venga nominato Organismo di Vigilanza. La conseguenza sarebbe quella di avere non una emanazione diretta ma una *corporate branch* indistinguibile. Sarebbe sicuramente difficile contestare l'inapplicabilità del concetto di "unità organizzativa" di cui all'art. 5 lettera a) del D.lgs. 231/2001.

b) Composizione dell'Organismo di Vigilanza di sole persone esterne al gruppo:

A mio modesto avviso, questa opzione non comporterebbe particolari rischi, poiché sarebbe fundamentalmente impossibile ricostruire un collegamento diretto con la controllante, a meno di non cadere nel facile errore di far approvare la nomina dell'Organismo di Vigilanza dall'organo amministrativo della controllata dietro indicazione in assemblea, o peggio epistolarmente, dei professionisti da collocare.

Si noti, comunque, che la nomina di soli professionisti esterni potrebbe non essere adeguata a garantire la necessaria capacità di azione dell'Organismo di Vigilanza, sicuramente compromessa dalla non conoscenza dei processi interni alla società e dei suoi meccanismi organizzativi e produttivi.

c) Composizione dell'Organismo di Vigilanza di persone interne ed esterne al gruppo:

Quest'ultima configurazione, adottata in ossequio ai principi di cautela sopra evidenziati, sarebbe la più auspicabile, mantenendo ovviamente la nomina del membro interno nell'ambito del perimetro della società controllata, in modo tale da garantire un raccordo con l'operatività della società e le sue esigenze in termini di controllo interno.

Riguardo al terzo ed ultimo interrogativo, ovvero il riconoscimento della responsabilità 231 della holding, riterrei di poterla escludere, se non in casi di una interpretazione particolarmente estensiva della norma che, da quanto mi risulta a tutt'oggi, non è stata ancora effettuata.

Invero, lo scopo della presente digressione, ed in assenza di specifiche statuizioni che credo solamente il legislatore potrà efficacemente disporre, è affrontare la problematica a prescindere dall'esistenza di attività interpretativa della Giurisprudenza prevenendo, al contempo, comportamenti che potrebbero rappresentare irresistibili tentazioni per facili censure giudiziarie.

A ciò aggiungasi che la responsabilità della holding per la commissione di un reato posto in essere dalla controllata nel suo interesse o vantaggio, risulterebbe a mio avviso di difficile giustificazione poichè la terzietà della controllata rispetto alla controllante è uno dei presupposti della struttura civilistica del gruppo, struttura che prevede ad esempio, come sopra accennato, la solidarietà sussidiaria del patrimonio della controllante nel caso di non capienza di quello della controllata in occasione di risarcimento danni a terzi.

Una riflessione finale sul tema della responsabilità della capogruppo che vuol essere una provocazione. Ragionando a contrario, ovvero ammettendo che sia possibile che la holding venga ritenuta responsabile per i reati commessi all'interno delle sue controllate nel suo interesse o vantaggio, restando comunque innegabile la responsabilità propria della controllata qualora siano invece commessi nel suo, *quid juris* nel caso di gruppi di imprese gestiti dalla partecipazione totalitaria o maggioritaria dello Stato o degli Enti Locali?

In questo caso avremmo un vuoto normativo incolmabile, poichè le imprese avrebbero buon gioco a disinteressarsi dal prevenire i reati presupposto della 231 e ciò in quanto la risalita della responsabilità porterebbe necessariamente all'ente capogruppo la cui funzione di holding viene riconosciuta espressamente dal combinato disposto degli artt. 2497, 2497-*sexies* e 2359 c.c.

Portata la responsabilità in capo all'ente statale (ministero, comune, ente pubblico in genere) si addiverrebbe alla totale inapplicabilità della normativa, poichè mentre la responsabilità sarebbe evidente, le disposizioni del D.lgs. 231/2001 resterebbero inapplicabili ai sensi dell'art. 1 comma 3, che così recitando "... (le disposizioni) *non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*", crea una barriera di protezione insormontabile.

Infine una cautela che dovrebbe essere adottata non solo nella determinazione della composizione degli Organismi di Vigilanza della controllata e della controllante. La eliminazione del criterio di collegamento del doppio ruolo, infatti, vale a maggior ragione per i

dirigenti ed amministratori di tutte le società del gruppo. È quindi necessario cominciare ad esclusivizzare le funzioni di gestione, confidando maggiormente nei ruoli combinati dei soggetti che operano nel sistema di controllo interno, cominciando ad interpretare come conflitto di interessi non sostenibile lo svolgimento di incarichi sovrapposti.

5) Le linee guida di Confindustria e Abi

Per finire un piccolo cenno a quanto dispongono sul tema Organismo di Vigilanza nei gruppi, due associazioni di categoria strategiche:

Secondo Confindustria, che si pone direttamente il problema della holding, devono rispettare le seguenti condizioni¹:

- a) in ogni società controllata deve essere istituito l'Organismo di vigilanza *ex art. 6* primo comma, lett. *b)*, con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità, 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. 231/2001;
- b) 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;
- c) i dipendenti dell'Organismo della Capogruppo, 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 stessa, riportando all'Organismo di vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

Possiamo quindi rilevare che le condizioni sopra riportate, tranne che per quella sotto la lettera a) ma per cui non viene espressamente escluso, non viene calcolato il rischio dei criteri di collegamento tra controllata e controllante, lasciando così aperta la porta a possibili problemi interpretativi.

Discorso differente per l'ABI, che riprende la filosofia delle istruzioni della Banca d'Italia in tema di Controllo Interno risalenti però, sebbene riviste con qualche integrazione, al 1999 data precedente all'introduzione della disciplina 231.

In effetti, l'ABI afferma² che essendo il sistema di controlli predisposto dall'Autorità di Vigilanza così permeante, tale sistema può essere quindi un baluardo efficace contro i rischi da sanzioni 231, ammettendo però la necessità di essere conformi al dettato normativo.

L'associazione bancaria, quindi, in relazione ai gruppi punta più su un sistema di controlli con forte potenziamento della funzione di Audit, ed infatti:

“Discorso a sé deve essere fatto per le banche di credito cooperativo che, secondo le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, possono esternalizzare le funzioni di internal auditing alle Federazioni locali; in questo caso si ritiene coerente che le funzioni dell'organismo di controllo di cui al decreto possano essere svolte a livello accentrato da quelle Federazioni che dispongano di risorse tecniche e professionali maggiormente adatte allo svolgimento di tale funzione.

¹ Linee guida Confindustria marzo 2008

² Linee guida ABI febbraio 2004

Nella logica, poi, di creare comunque un centro di imputazione nell'ente, all'interno di ciascuna BCC potrebbe essere individuato un soggetto responsabile della vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; dovrà essere cura della banca creare un coordinamento e garantire un adeguato flusso informativo tra il soggetto 'interno' indicato come responsabile e la Federazione locale”.

Ma le linee guida ABI affrontano altresì direttamente la questione dei modelli nel gruppo bancario, anche se non con la specificità di Confindustria:

“I modelli organizzativi nell’ambito del gruppo bancario.

Ogni banca, anche se appartenente ad un gruppo, valuta l’opportunità di dotarsi di un sistema organizzativo, in funzione delle proprie dimensioni e della attività svolta, secondo quanto espresso nei precedenti paragrafi.

Fermo restando l’opportunità che ciascuna società valuti autonomamente le iniziative da assumere, sarà cura della capogruppo - anche al fine di contenere i costi e di migliorare l’efficienza e l’efficacia dei modelli elaborati dalle società appartenenti al gruppo - informare le controllate degli indirizzi da essa assunti in relazione alla prevenzione dei reati di cui al d.lgs. n. 231/2001 e suggerire criteri generali cui queste potranno uniformarsi, verificandone l’applicazione.”

Dalla lettura testuale, quindi, si evince una non considerazione della problematica dei gruppi ed in particolare dell’Organismo di Vigilanza o, forse, si tratta solo della scelta di affrontare la problematica 231 attraverso un sistema di controlli interni totalmente risk based, in ottemperanza delle indicazioni della Banca d’Italia e lasciando libere le realtà specifiche di organizzarsi secondo le proprie esigenze.

6) Conclusioni

Dalle tematiche affrontate, e dalle problematiche in parte irrisolte, appare chiaro che la scelta organizzativa, prima ancora di essere *compliant* deve essere ragionevole e mirata al soddisfacimento di elementi cardine ineludibili in materia di controllo interno, quali la segregazione delle funzioni, la tracciabilità, il monitoraggio.

A cosa varrebbe enunciare questi principi se un organo di controllo strategico come l’Organismo di Vigilanza, sia che si trovi nella controllante sia che si trovi nella controllata non li soddisfa pienamente sin dalla sua costituzione?

È comunque auspicabile quanto prima un intervento del legislatore, pur nelle difficoltà applicative immaginabili, che chiarisca le zone d’ombra attuali a vantaggio della certezza del diritto e contemperando, allo stesso tempo, i principi statunitensi di common law posti alla base della disciplina della responsabilità derivante da reato delle società, recepiti dal legislatore comunitario prima e da quello nazionale poi, con il sistema del diritto scritto.