

Adozione dei modelli organizzativi 231 nelle Pmi

In ogni numero della rivista trattiamo una questione dibattuta a cui i nostri esperti forniscono una soluzione operativa. Una guida indispensabile per affrontare le problematiche applicative inerenti al diritto societario, con una finestra "aperta" sulle eventuali correlate implicazioni fiscali.

a cura della **Commissione di diritto societario**
dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano

coordinamento di Enrico Holzmueller*

LA QUESTIONE



Alla luce del disposto di alcune sentenze particolarmente significative riguardanti i reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001, quali considerazioni possono essere avanzate sull'opportunità di adottare il modello organizzativo previsto dalla legge stessa con specifico riferimento alle piccole medie imprese?

La trattazione

Con gli artt. 5 e 6 D.Lgs. n. 231/2001, il legislatore ha voluto individuare, rispettivamente, le condizioni per le quali la società è ritenuta responsabile per i reati commessi da soggetti che occupano una posizione rilevante nell'ambito della stessa e gli strumenti idonei per poter dimostrare la propria estraneità rispetto ai reati contestati.

Nello specifico, la totale esclusione o, quantomeno, attenuazione della responsabilità amministrativa della stessa, rispetto ai reati contestati, è possibile provarla attraverso la predisposizione di un modello organizzativo e anche con l'istituzione di un organo di controllo interno alla società, al quale è demandato il compito di vigilare sul funzionamento, l'osservanza e il costante aggiornamento di quest'ultimo.

Di seguito, verranno riportate le principali sentenze dalle quali è possibile evincere come, nei casi di applicazione del D.Lgs. n. 231/2001, la giurisprudenza confermi l'importanza del modello organizzativo come esimente della responsabilità amministrativa dell'ente.

Infine, verrà anche dedicata la giusta attenzione a come l'esistenza di quest'ultimo possa essere utile anche nell'ambito delle Pmi laddove l'immedesimazione tra soggetto apicale e società, di

* Presidente Commissione di Diritto societario Odcec Milano.

cui fa parte, sia oggettivamente molto più intrinseca rispetto invece al rapporto che esiste tra lo stesso e una società di grandi dimensioni dove è più probabile dimostrare quanto prescritto dall'art. 5, comma 2 («L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 - i c.d. soggetti apicali⁽¹⁾ - hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi»).

Il modello organizzativo secondo la giurisprudenza

Anche se la giurisprudenza in materia di reati "231", che comportano una responsabilità amministrativa dell'ente, non è copiosa, risulta però essere particolarmente significativa per le conclusioni a cui addivene.

Nelle pagine seguenti, si analizzeranno nel dettaglio le sentenze del tribunale di Milano, rispettivamente, 17 novembre 2009; 13 febbraio 2008, n. 1774; Cass., Sez. VI pen., 9 luglio 2009, n. 36083. Nello specifico, se ci si sofferma nell'esaminare il contenuto delle decisioni dei giudici, si può ricavare che, nelle tre sentenze analizzate, l'esistenza o meno del modello organizzativo ha reso possibile rispettivamente dimostrare l'estraneità della società imputata o riceverne una condanna ai sensi dell'art. 9 D.Lgs. n. 231/2001.

Il modello organizzativo come fattore critico di successo: la sentenza del Gip Milano del 2009

Il Gip del tribunale di Milano ha assolto la società Beta s.p.a. dall'illecito di aggio, di cui agli artt. 25-ter, lett. a) e r), 5 e 44 D.Lgs. n. 231/2001, consumati dal presidente del consiglio d'amministrazione e dall'amministratore delegato della stessa, in quanto non punibile ai sensi dell'art. 6 del decreto stesso (idonea applicazione di un modello organizzativo efficace ed attuale rispetto ai reati contestati). Il Gip, infatti, nel dispositivo della sentenza, ha dettagliatamente riportato le motivazioni per le quali ha concluso sul rinvio a giudizio dei soli soggetti apicali di cui sopra, considerando estranea ai fatti la società Beta s.p.a.

Innanzitutto, la prima riflessione che ha preso corpo è stata quella di capire se, prima della commissione del fatto, fosse stato adottato un modello organizzativo idoneo che potesse essere considerato *ex ante* efficace alla prevenzione del reato contestato (aggio).

Relativamente a questo punto, la società Beta s.p.a. aveva tempestivamente adottato il modello organizzativo previsto dalla "231", anche secondo le linee-guida stabilite da Confindustria, anticipando di gran lunga tutte le maggiori imprese italiane del comparto delle costruzioni e delle commesse pubbliche.

La difesa, inoltre, ha documentato che fin dal 2000, vale a dire prima dell'entrata in vigore della nuova normativa sulla responsabilità degli enti per gli illeciti penali commessi dai loro esponenti, Beta s.p.a. aveva adottato un sistema di controllo interno (c.d. *corporate governance*) basato sui principi del codice di autodisciplina dettato da Borsa Italiana s.p.a. Con l'approvazione del modello organizzativo, la Beta s.p.a. costituiva l'organo di vigilanza (*compliance officer*), di composizione monocratica, regolato secondo le linee-guida di Confindustria. Tale posizione veniva ricoperta dal preposto al controllo interno nonché responsabile dell'*internal auditing* (si trattava perciò di un soggetto di provata esperienza e professionalità nello svolgimento dell'incarico di vigilanza). Tale figura veniva inoltre sganciata dalla sottoposizione alla direzione amministrazione, finanza e controllo e posta alle dirette dipendenze del presidente.

(1) La figura del soggetto apicale potrebbe essere rappresentata da «persone che rivestono funzioni di rappresentanza di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso» (art. 5, lett. a, D.Lgs. n. 231/2001).

Il modello organizzativo di Beta s.p.a. prevedeva, ancora, una specifica normativa interna finalizzata alla prevenzione dei diversi reati societari denominata "parte speciale B", suddivisa a sua volta in vari capitoli corrispondenti al tipo di reati. Per quanto riguarda il caso oggetto del presente giudizio, il modello, nella parte speciale B, dedicava il paragrafo B.5.5 alle misure di prevenzione del reato di agiotaggio.

Il modello prevedeva, in particolare, la formalizzazione di:

- procedure interne che prevedevano la partecipazione di due o più soggetti al compimento delle attività a rischio;
- procedure di monitoraggio e controllo con la nomina di un responsabile dell'operazione;
- varie attività di formazione periodica sulla normativa; riunioni periodiche fra collegio sindacale e *compliance officer* per la verifica dell'osservanza della normativa;
- procedure autorizzative per comunicati stampa, divulgazione di analisi e studi aventi ad oggetto strumenti finanziari.

Secondo tale procedura, la gestione delle informazioni concernenti la società e le sue controllate era rimessa al presidente e all'amministratore delegato. Allo stesso presidente e all'amministratore delegato erano affidati i compiti di divulgare le informazioni riservate concernenti la società e le sue controllate, nonché, in generale, tutte le informazioni *price sensitive*.

Nel medesimo regolamento, comunque, si stabiliva che la divulgazione dovesse avvenire in modo completo, tempestivo, adeguato e non selettivo. A questo proposito era previsto che la procedura autorizzativa dei comunicati stampa dovesse seguire i seguenti passaggi:

- la descrizione dell'operazione era predisposta dalle funzioni aziendali direttamente a conoscenza dei fatti oggetto di comunicazione;
- la bozza del comunicato era redatta dalle relazioni esterne;
- la versione definitiva veniva rivista e approvata dal presidente e dall'amministratore delegato;
- i comunicati venivano inoltrati alla stampa attraverso il sistema informatico Nis (*Network information system*) a Borsa Italiana, Consob e almeno due agenzie di stampa, in ottemperanza all'art. 114 D.Lgs. n. 58/1998 e della Guida per l'informazione al mercato di Borsa Italiana.

Agli imputati - presidente e amministratore delegato di Beta s.p.a. - si contesta, relativamente al capo di imputazione riguardante il reato di agiotaggio, di avere comunicato al mercato, in data 10 marzo 2003, che «il bilancio di liquidazione evidenzia la capacità di Gamma s.p.a. (società controllata da Beta s.p.a.) di ripagare il debito nei confronti del sistema bancario e della capogruppo Beta s.p.a.», circostanza non conforme al vero.

La vicenda evidenzia la totale "facilità" per i due imputati di fornire dati che influenzavano il mercato senza adeguato controllo, perché:

- non era stata seguita dall'amministratore delegato la procedura *standard* circa la diffusione di previsioni con formale comunicato stampa;
- il comunicato era stato elaborato frettolosamente senza alcuna seria elaborazione;
- lo stesso presidente ammetteva alla Borsa che i ricavi previsti nel comunicato erano in realtà "ballerini".

Inoltre, la suddetta vicenda dimostra che gli uffici interni di Beta s.p.a. erano stati esclusi da un'effettiva partecipazione all'elaborazione dei dati da fornire all'esterno, essendo queste rimesse alla discrezione dei vertici i quali, a loro volta, diffondevano previsioni "a braccio", senza alcun rispetto per le norme del modello organizzativo e con il chiaro intento di fornire al mercato un'immagine più favorevole della situazione economica del gruppo.

Al contrario, se si fosse seguita la procedura prevista dal

*Per il Gip Milano
comportamenti illeciti
che non siano frutto
di un errato modello
organizzativo non sono
addebitabili alla società
ex D.Lgs. n. 231/2001*

modello sarebbe stato impossibile per gli imputati attuare il loro proposito di “rassicurare” il mercato e di “abbellire” il bilancio della Beta s.p.a. in danno degli investitori.

Per tutti questi motivi, si ritiene che i comportamenti illeciti, oggetto di imputazione, non siano frutto di un errato modello organizzativo, ma siano da addebitare al comportamento dei vertici della società che risultano in contrasto con le regole interne del modello organizzativo regolarmente adottato.

Per tutte le suesposte ragioni, il Gip di Milano ha concluso che la società deve essere pertanto dichiarata non punibile *ex art. 6 D.Lgs. n. 231/2001*.

Due casi di insuccesso: le sentenze della Cassazione penale del 2009 e del tribunale di Milano del 2008

Contrariamente a quanto esposto nel primo caso, altre due sentenze (Cass., Sez. VI pen., 9 luglio 2009, n. 36083 e trib. Milano 13 febbraio 2008, n. 1774) hanno fornito l'evidenza che la mancata adozione del modello organizzativo da parte delle società imputate non ha concesso loro la possibilità di dimostrare la propria estraneità rispetto ai fatti contestati.

Nella prima sentenza, infatti, la società ricorrente (di seguito, Alfa s.p.a.) ha provveduto a impugnare la sentenza della Corte d'appello dalla quale emergeva, a conclusione delle indagini investigative, il sistematico svolgimento di attività di corruzione attiva e passiva perpetrate da parte di tre dirigenti (soggetti “apicali”) della stessa società al fine di agevolare l'illecita aggiudicazione di gare di appalto e l'illecita assegnazione di lavori stradali con la procedura della “somma urgenza” o, ancora, l'ottenimento della rapida liquidazione dei lavori per i pagamenti per i lavori svolti.

Inoltre, i giudici di merito hanno accertato che il reato fu commesso dai suddetti soggetti apicali nell'interesse della società rappresentata e ha ravvisato la “rimproverabilità” della condotta dell'impresa Alfa s.p.a. nella mancata adozione del modello organizzativo idoneo a sventare eventuali coinvolgimenti dell'impresa in azioni corruttive dei suoi rappresentanti.

Infatti, la mancata adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra indicati (reato commesso nell'interesse o vantaggio della società e posizione apicale dell'autore del reato) è sufficiente a costituire quella “rimproverabilità” di cui alla relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose.

Essendo mancata, da parte della Alfa s.p.a., la prova di avere adottato e attuato alcun modello organizzativo e gestionale idoneo a prevenire reati di corruzione e risultando escluso da tutta la ricostruzione dei fatti operata dai giudici di merito che i soggetti apicali abbiano agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, il motivo è stato rigettato anche in Cassazione.

Di identico tenore è il contenuto della sentenza del tribunale di Milano, che accoglie la fondatezza della domanda attorea condannando la parte convenuta a risarcire alla richiedente i danni subiti in connessione con l'omessa adozione di un adeguato modello organizzativo e per i prelievi indebiti delle casse sociali.

La società è punibile se non prova di avere adottato e attuato alcun modello organizzativo e gestionale idoneo a prevenire i reati di corruzione

Possibili riflessi della giurisprudenza sulle Pmi

A questo punto, alla luce delle sentenze sopra analizzate, possiamo essere certi che l'adozione del modello organizzativo, da parte dell'organo amministrativo della società, risulta essere, *ceteris paribus*, un efficace strumento di prevenzione dei reati che rientrano nella regolamentazione normativa del D.Lgs. n. 231/2001 in un'ottica di rafforzamento del sistema di controllo interno^[2], come componente integrante della *governance* di impresa.

Ma la domanda alla quale si cerca di fornire una risposta esaustiva, anche alla luce della più recente giurisprudenza, è se il suddetto “sforzo” organizzativo da parte della società al fine di rendere conforme la stessa alla legislazione richiamata possa essere, in un rapporto di costi-benefici, fattibile in una società (impresa) di piccole/medie dimensioni.

L'omessa adozione del modello organizzativo non può costituire automaticamente una responsabilità dell'impresa dovendosi individuare anche l'elemento soggettivo

Infatti, il dettato normativo *ex* D.Lgs. n. 231/2001 non stabilisce in alcun modo l'obbligo per gli enti di adottare modelli organizzativi, i quali costituiscono esclusivamente una condizione esimente della responsabilità dell'ente.

Ne consegue che l'omessa adozione di detto modello non può costituire automaticamente una responsabilità dell'impresa, dovendosi individuare l'elemento costitutivo soggettivo di responsabilità dell'ente, che non può che consistere nella colpa.

Inoltre, come è stato anche introdotto in premessa, si è detto che l'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 231/2001, prevede che «l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito

nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

Al contrario, la sussistenza dell'interesse (considerato dal punto di vista soggettivo) o del vantaggio (considerato dal punto di vista oggettivo) è sufficiente all'integrazione della responsabilità fino a quando sussiste l'immedesimazione organica tra dirigente apicale ed ente.

Alla luce di questa doverosa premessa, il problema principale da risolvere, quando si parla di entità legali di piccole/medie dimensioni (che costituisce la gran parte del tessuto economico italiano), laddove cioè vi è una struttura organizzativa molto snella in cui proprietà e personale operativo generalmente lavorano fianco a fianco, è come dimostrare, nel momento in cui la società stessa dovesse essere chiamata a rispondere di uno dei reati “231” commessi dal proprio soggetto “apicale”, la propria estraneità rispetto al capo di imputazione contestatole.

Infatti, la condizione di cui sopra (immedesimazione organica tra dirigente apicale ed ente) è tanto più di facile realizzazione rispetto alle società di grandi dimensioni nelle quali, al contrario, lo scollamento tra proprietà, direzione e responsabili di servizio è generalmente sempre ben definito (quanto meno da un punto di vista formale).

A questo punto è quasi inevitabile prendere in considerazione la necessità (anche se non sussiste l'obbligatorietà) dell'adozione di un modello organizzativo, fatto proprio dall'organo amministrativo della società e gestito da un preposto al controllo interno (c.d. *compliance officer*), che ne curi sempre l'aggiornamento e l'efficacia rispetto alle peculiarità^[3] della società stessa (dimensioni, attività sensibili, sistemi informativi), al fine di renderlo idoneo allo scopo per cui è stato creato.

Questa soluzione, tra l'altro già contemplata dal legislatore, permetterebbe, infatti, un alleggerimento della struttura di controllo con un significativo risparmio in termini di costi diretti (minori compensi da corrispondere) e indiretti (costituiti dalla maggiore “burocratizzazione” delle suddette attività che porterebbero ad “ingessare” la società nello svolgimento di attività formali e ridondanti che non sempre, però, si dimostrano anche efficaci).

Anche la Pmi deve adottare un modello organizzativo, fatto proprio dal cda e gestito da un preposto al controllo interno che ne curi efficacia e aggiornamento

(2) Sul concetto di sistema di controllo interno, cfr. S. Arcuri, «Sistema di controllo interno», in *Diritto e Pratica delle Società* n. 20/2004, pag. 54, e «Corporate governance e ambiente di controllo interno», in *Diritto e Pratica delle Società* n. 24/2005, pag. 58.

(3) Sul concetto di modello organizzativo *ex* D.Lgs. n. 231/2001, cfr. S. Arcuri, «Modello organizzativo e organismo interno di vigilanza», in *Diritto e Pratica delle Società* n. 17/2007, pag. 46.

?

F.A.Q. - le risposte alle domande più ricorrenti

R

È mai stata dimostrata in sede giudiziaria l'idoneità del modello organizzativo nel prevenire la commissione dei reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001?

Si. Le recenti sentenze in materia di responsabilità amministrativa dell'ente hanno evidenziato che l'esistenza di un modello organizzativo adottato prima della commissione del reato ha permesso alla società imputata di dimostrare la propria estraneità.

Posto che esiste un vantaggio nell'adozione del modello organizzativo, risulta essere conveniente anche nelle Pmi?

Si. La recente giurisprudenza ha sottolineato che la stretta correlazione tra proprietà e soggetti dirigenziali/operativi, peculiare delle società di piccole/medie dimensioni, richiede l'opportuna creazione di uno strumento di "governance" per scardinare la responsabilità amministrativa dell'ente.

*di Sergio Arcuri,
componente Commissione
di Diritto societario Odcec Milano*