

HOLDING SOGGETTE AGLI OBBLIGHI DEL D.LGS. 231/01:

CORTE DI CASSAZIONE, SENTENZA N. 24583/2011

Anche la capogruppo può essere chiamata a rispondere sulla base del D.Lgs. 231/01 per un reato commesso nell'ambito di una controllata. Per la prima volta, sciogliendo i dubbi che ancora dividono giurisprudenza e dottrina, la Corte di cassazione affronta il caso delle holding. La Corte, con la sentenza della Quinta sezione penale n. 24583, emessa nell'ambito di una complessa inchiesta che vedeva numerose società accusate di corruzione per ottenere in Puglia appalti nella sanità, ha chiarito le condizioni di applicabilità, specificando che nella consumazione del reato deve concorrere una persona fisica (anche un amministratore di fatto) che agisce per conto della holding perseguendo anche il suo interesse.

1. La sentenza della quinta sezione della Corte di Cassazione nr. 24583, depositata lo scorso 20 giugno, si pronuncia su un complesso procedimento di indagine che ha visto numerose società accusate di corruzione per aver ottenuto in Puglia appalti nella sanità. Il procedimento si era concluso con il rinvio a giudizio di numerosi imputati per oltre novanta capi di accusa, che andavano dall'associazione per delinquere, alla concussione, corruzione, finanziamento illecito di partiti, falsi in atto pubblico, violazione dell'articolo 615-ter cod. pen. e violazione di segreti di ufficio.

Del complesso iter decisionale il capo della sentenza che offre maggiori spunti relativamente alla responsabilità penale delle società è quello che tratta degli illeciti amministrativi dipendenti

A cura del Centro Studi del
Dipartimento Italiano di Corporate.

Alessandro De Nicola
adenicola@orrick.com
Ivan Rotunno
ivotunno@orrick.com
Claudia Gargano
cgargano@orrick.com

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate.

dai reati connessi ad una competizione elettorale (capo 91. lettera g)).

2. Nella specie il giudice per l'udienza preliminare (GUP) aveva stabilito che alcune società di un gruppo societario attivo nel settore sanitario meritassero il rinvio a giudizio perché avevano tratto un vantaggio dalle operazioni di corruzione perpetrate dall'amministratore di fatto (di tutte le società), di contro il GUP aveva prosciolto altre società del medesimo gruppo (e non operanti nello stesso settore sanitario) in quanto non avevano ottenuto vantaggi dalla menzionata attività di corruzione.

Il Pubblico Ministero aveva quindi proposto ricorso per Cassazione deducendo che, proprio

dalla fase dibattimentale, era emerso il vantaggio e, quindi, l'interesse delle società prosciolte e precisava che il GUP aveva dimenticato che l'amministratore era l'amministratore di fatto di tutte le società coinvolte.

3. I giudici della Cassazione hanno ritenuto i motivi di ricorso infondati poiché non tutti i criteri di attribuzione della responsabilità ex D.Lgs. 231 erano soddisfatti.

Infatti, sebbene il reato commesso (i.e. corruzione) rientrasse tra quelli presupposto del D.Lgs. 231/01, nel caso di specie a) mancava l'interesse o il vantaggio, b) l'agente non rivestiva una posizione qualificata all'interno dell'Ente.

A quest'ultimo proposito la Cassazione ha finemente precisato che la holding o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi del Decreto 231 per un reato commesso da altre società del medesimo gruppo, ma *“è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato; insomma non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società ai sensi della legge 231/2001”* Nella specie i legali rappresentanti delle società erano stati prosciolti. Tuttavia i giudici rilevano che *“vero è, però, che, secondo l'Accusa, l'amministratore della holding sarebbe stato anche l'amministratore di fatto di tali società e, quindi, sarebbe soddisfatta la condizione alla quale si è fatto prima riferimento. Ma su tale ultimo punto, in verità, il GUP ha posto correttamente in evidenza che non vi era alcun elemento per ritenere che i soggetti in posizione apicale dell'ente, fossero essi amministratori di fatto o di diritto, avessero agito oltre che nell'interesse proprio o di terzi anche nell'interesse concorrente dell'Ente?”*.

4. Dalle motivazione riportate emergono importanti elementi di valutazione.

1) Viene per la prima volta affermata dalla Corte di Cassazione l'idoneità della holding o altre società del gruppo a rispondere ai sensi del

D.Lgs. n. 231/01, per reati commessi nell'ambito di altre società del gruppo.

2) Ai fini della sussistenza della responsabilità di cui sub 1), non è sufficiente un generico riferimento al gruppo ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle società (es. legale rappresentante) concorra con il soggetto che commette il reato (anche un amministratore di fatto). Nel caso in commento i soggetti che agivano per conto delle società prosciolte – i legali rappresentanti – erano stati prosciolti e non poteva quindi verificarsi il requisito del concorso con il soggetto che aveva commesso il reato, nella specie l'amministratore di fatto.

3) Ulteriore elemento necessario ai fini della responsabilità è l'aver agito oltre che nell'interesse proprio o di terzi anche nell'interesse concorrente dell'Ente; l'interesse o il vantaggio debbono infatti essere presenti per tutte le società a cui la responsabilità ex D.Lgs. 231/01 possa essere così imputata. In particolare la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto.

5. Il decreto 231 non dispone nulla in ordine alla disciplina dei gruppi di società. Spetta dunque all'interprete ricostruire la catena della responsabilità in caso di società facente parte di un gruppo, individuandone i presupposti, i limiti e le garanzie. A questo proposito appare di fondamentale importanza quanto affermato dalla Cassazione nella sentenza in commento poiché costituisce il primo intervento volto ad individuare concretamente i requisiti necessari ai fini di una responsabilità della holding o di altre società del gruppo ex D.Lgs. 231/01. Bisogna tuttavia considerare che la dottrina già prima di questo intervento giurisprudenziale riteneva ampiamente configurabile la responsabilità da reato ex d.lgs. n. 231/01 della holding societaria

sulla base della considerazione che nessuna disposizione della novella del 2001 esclude la possibilità di applicare le sanzioni previste ad enti collettivi che abbiano come loro attività sociale – prevalente o esclusiva – la gestione di partecipazioni azionarie. Tuttavia alcuni autori¹ precisano che i criteri di imputazione del fatto di reato alla società capogruppo non potranno differenziarsi da quanto stabilito in via generale, per qualsiasi persona giuridica, dagli artt. 5, 6 e 7 D.Lgs. n. 231 del 2001.

In particolare, presupposto fondamentale della responsabilità da reato della holding è che, secondo quanto dispone il citato art. 5, alla commissione dell'illecito abbiano partecipato a) persone che rivestono, nell'ambito della capogruppo, funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso, ovvero b) persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). Solo se anche tali soggetti, legati all'ente controllante da rapporti di rappresentanza o subordinazione, hanno di fatto partecipato alla commissione del delitto, sarà possibile ipotizzare una responsabilità della holding derivante da reato.

Nel caso della holding, inoltre, la dottrina, prima dell'intervento della Corte di Cassazione, affermava che “la condotta delittuosa dei soggetti ad essa legati da rapporti di rappresentanza o subordinazione non deve consistere in fatti di reato estrinsecatesi e riguardanti la medesima persona giuridica, potendo l'illecito riguardare anche l'attività delle società controllate: la capogruppo può rispondere – se vi hanno concorso i propri organi gestori – anche in relazione a reati che

sono stati commessi nell'ambito della gestione di altre società.

Ad esempio una holding che svolga attività di tesoreria ed economato per conto delle società del gruppo e nel corso di tale attività provveda alla predisposizione di fondi neri che volta a volta consegna alle controllate perché queste possano pagare tangenti per la partecipazioni ad appalti pubblici. In questo caso il reato è commesso nell'ambito ed in relazione ad una attività svolta non dalla holding, ma da una società partecipata; tuttavia, l'illecito è comunque riferibile alla holding perché posto in essere con il concorso di propri organi apicali o di propri sottoposti”².

La dottrina precisava inoltre che nel valutare la corresponsabilità, nel reato commesso da gestori o sottoposti delle società controllate, degli amministratori della capogruppo non potranno assumersi atteggiamenti probatori caratterizzati da scarso rigore, da richiami a generiche massime di esperienza, quale, ad esempio, quella secondo cui la direzione unitaria del gruppo facilita inevitabilmente l'intromissione dei gestori della holding nelle altrui attività illecite. In realtà, soprattutto laddove la responsabilità concorsuale degli amministratori della controllante si fondi su un contributo ed una istigazione di carattere morale, una affermazione di condanna (tanto delle persona fisiche che della società) richiederà la dimostrazione che dalla holding è pervenuta non una generica direttiva all'ottenimento di determinati risultati imprenditoriali, per il cui raggiungimento i gestori delle controllate hanno ritenuto di dover agire delittuosamente, quanto veri e propri suggerimenti penalmente illegittimi, sì che “*le direttrici generali del programma contengano già in nuce, sufficientemente predeterminati, almeno i tratti essenziali dei singoli comportamenti delittuosi poi realizzati dai compartecipi*”.

¹ Ciro Santoriello, “Gruppi di società e sistema sanzionatorio”, in Rivista 231, 18 luglio 2011.

² Ciro Santoriello, op. cit.

Analogamente può dirsi quando si tratti di verificare se sussista il secondo dei requisiti necessari perché possa parlarsi di una responsabilità da reato della holding, ovvero che il delitto sia stato commesso a suo vantaggio o nel suo interesse. La circostanza, infatti, che il reato sia stato commesso - con il concorso degli amministratori della capogruppo, ma - nell'ambito dell'attività di una società controllata rende l'interesse connesso all'azione delittuosa o il vantaggio che ne consegue non immediatamente riferibile alla società controllante, con la conseguenza che una responsabilità di quest'ultima per fatti di reato commessi nell'esercizio di attività imprenditoriali di altre società sussiste solo laddove sia possibile - sulla base di un attento esame della vicenda concreta - sostenere che l'interesse perseguito dalla controllata o il vantaggio da questa ottenuto si riverbera in maniera significativa sul patrimonio e sulle disponibilità della holding: si pensi, ad esempio, ad una capogruppo che fornisca in via esclusiva alla controllata materiali - calcestruzzo, cemento ecc. - per la realizzazione di immobili, di modo che il pagamento di tangenti da parte della controllata per l'aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la costruzione di un complesso immobiliare si traduce direttamente anche in un vantaggio per la controllante che vede aumentare le proprie possibilità di vendita dei propri prodotti³. Sotto tale profilo sembrano quindi inaccettabili generalizzazioni secondo cui ogni vantaggio patrimoniale conseguito dalle società operative è destinato inevitabilmente, in un modo o nell'altro, a riverberarsi sulla persona giuridica che detiene le partecipazioni azionarie di maggioranza: quale interesse abbia soddisfatto o quale vantaggio abbia maturato anche indirettamente la holding deve essere pienamente provato per poter applicare a tale società le sanzioni descritte dal decreto n. 231.

3 Ciro Santoriello, op. cit.