

La responsabilità penale della società holding nel processo di internazionalizzazione d'impresa e pianificazione tributaria internazionale



Michele Gentile

Fiduciario Commercialista
Fondatore e Presidente
della G & J System SA,
Lugano, Società di consulenza
aziendale

Cassazione penale, Sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583

La società capogruppo può essere chiamata a rispondere, ai sensi del Decreto Legislativo n. 231/2001, per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una controllata, purché nella consumazione concorra una persona fisica che agisca per conto della società holding, perseguendo anche l'interesse di quest'ultima

1.

Introduzione

Con questa sentenza, per la prima volta nella giurisprudenza della Corte di legittimità italiana, vengono delineate ed affermate le condizioni necessarie per estendere alle società holding, la responsabilità amministrativa dell'Ente, prevista dal Decreto Legislativo (di seguito D. Lgs.) n. 231/2001.

La sentenza, mostra le due facce della moneta. Evita che detta responsabilità possa essere affermata per generiche presunzioni, ma la riconosce in casi specifici. Pertanto afferma l'applicazione della responsabilità "penale" alla società holding, risolvendo a livello interpretativo, il vuoto legislativo previsto nel D. Lgs. n. 231/2001.

Questa sentenza è rilevante per la presenza della società holding nelle costruzioni di ingegneria societaria internazionale, ove quasi sempre, insieme al processo d'internazionalizzazione delle imprese, si persegue anche l'obiettivo della pianificazione fiscale.

La responsabilità amministrativa degli enti, "cerbero" del diritto commerciale penale, è l'eccezione che conferma la regola. In gergo viene definita come responsabilità "penale" degli enti e società, ma è essenzialmente una corresponsabilità amministrativa dell'ente, a cui vengono applicate delle sanzioni amministrative, piuttosto importanti.

Ovviamente deriva dalla commissione di un reato specificamente previsto dal D. Lgs. n. 231/2001. Infatti nei principi generali la responsabilità penale è personale, cioè del soggetto che agisce con "animus crimini", ristretta alla persona fisica, in grado di intendere e volere, che compie l'azione criminosa.

Se tale azione è prevista come reato ex D. Lgs. n. 231/2001, il rapporto funzionale di tale soggetto con l'ente, determina la responsabilità "penale" di quest'ultimo, ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001.

Proprio per la sua natura amministrativa, l'adozione da parte dell'Ente di un codice di comportamento con l'istituzione di un organo di vigilanza per la sua corretta applicazione, possono limitarla.

La responsabilità penale degli enti è oggi una realtà giuridica ben precisa, di cui, nonostante gli oltre dieci anni di vigenza in Italia e qualche anno meno in Svizzera, non conosciamo ancora la reale applicazione. Da tempo la giurisprudenza di merito italiana, con argomentazioni varie e presunzioni semplici, non sempre legittime sotto il profilo del diritto, ha esteso tale responsabilità alla capogruppo.

Coloro che si occupano di internazionalizzazione d'impresa, in particolare di diritto tributario internazionale, negli ultimi dieci anni hanno assistito ad un complesso e sempre crescente sistema di norme tributarie "ultra vires", emanate dai Paesi dell'area OCSE. Il loro obiettivo, non è solo quello di colpire la capacità contributiva dei propri contribuenti, ma di catturare qualsiasi attività svolta in ambito internazionale, loro presunta, direttamente od indirettamente.



Attraverso ibridi giuridici, come norme antiabuso, o peggio, presunzioni semplici di esteroinvestizioni, *black list*, eccetera, accertano presunte evasioni fiscali, che hanno il solo fine di radicare l'imposizione tributaria nel proprio Paese, spesso violando trattati firmati per evitare la doppia imposizione. In alcuni Paesi il reimpiego delle somme evase, che derivano da reati tributari penalmente rilevanti (da frode fiscale od

infedele dichiarazione oltre le soglie previste), è considerato reato a monte del riciclaggio, con tutte le conseguenze penali che ne derivano, sia per il cliente sia per il professionista consulente. In Italia la Legge n. 29 del 2006 ha inserito nel D. Lgs. n. 231/2001 i reati di ricettazione e di riciclaggio, recependo la "terza direttiva UE antiriciclaggio".

Così, oggi, quando eseguiamo un progetto d'internazionalizzazione d'impresa e pianifichiamo l'imposizione fiscale internazionale, entriamo in un labirinto, la cui via d'uscita appare sempre più complessa e rischiosa, non solo per i nostri clienti, ma anche per noi^[1]. Spesso sottovalutiamo questi rischi derivanti dall'evoluzione che ha avuto il diritto penale societario, fallimentare e tributario.

In questo contesto l'evoluzione giurisprudenziale in tema di responsabilità amministrativa degli enti, applicati ai gruppi societari ed estesa alla società holding, cassaforte al vertice del gruppo, potrebbe rappresentare l'anello mancante della catena per il definitivo azzeramento del progetto o, in caso di sua esecuzione, l'elemento catastrofico di tutto il progetto stesso. In tutto ciò la sentenza in commento è importante poiché esclude la responsabilità in riferimento al generico vincolo di gruppo, così come esclude che l'organo amministrativo della società holding possa essere genericamente considerato amministratore di fatto delle controllate^[2], e quindi nega la pericolosa ammissibilità di "scorciatoie" per affermare la responsabilità penale della società holding.

Per altro verso vero è che la Suprema Corte, sempre nella sentenza in commento, conferma la possibile responsabilità della società holding, però solo qualora sussista un determinato interesse o vantaggio della stessa, derivante dalla commissione del reato presupposto, ovviamente, verificate le condizioni previste dal D. Lgs. n. 231/2001. In sostanza per affermare l'assoggettabilità della società holding alle prescrizioni sanzionatorie del D. Lgs. n. 231/2001, il giudice deve accertare in concreto se la società abbia ricevuto una potenziale o effettiva utilità, non necessariamente di carattere patrimoniale. Inoltre deve sussistere un rapporto funzionale fra la capogruppo ed il soggetto che ha agito con "animus crimini", anche se in concorso con altri soggetti. Estremamente puntuale e preciso risulta l'esame della Suprema Corte Italiana che, in alcuni passi della sentenza, afferma quanto segue:

"Perché si possa affermare la responsabilità di un Ente ai sensi della L. n. 231/2001 sono necessarie alcune condizioni, che debbono ricorrere congiuntamente. È necessario, infatti, che sia stato commesso uno dei reati di cui al D. Lgs. n. 231/2001; nel caso di specie il reato presupposto è il delitto di corruzione contestato al capo 82.e) e, quindi, si deve ritenere che la prima condizione sia stata soddisfatta. Il secondo elemento necessario è che il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con l'Ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale; insomma è necessario che l'agente rivesta una posizione qualificata all'interno dell'Ente. In effetti la holding o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della L. n. 231, 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 L. n. 231/2001.

Vero è, però, che, secondo l'Accusa, sarebbe l'A. G. l'amministratore di fatto anche 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; ebbene su tale punto di sicuro rilievo appare del tutto carente l'atto di ricorso.

Il terzo elemento richiesto è che il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'Ente, interesse e vantaggio che debbono essere verificati in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto. È su tale ultimo punto che si è soffermata l'attenzione del GUP e del Pubblico Ministero. Il GUP ha escluso che fosse ravvisabile un vantaggio delle società per le quali non ha ritenuto di disporre il rinvio a giudizio".

2.

L'elusione fiscale, categoria penalmente rilevante?

L'elusione fiscale si colloca fra l'evasione fiscale ed il lecito risparmio d'imposta. L'elusione fiscale, di regola vietata dagli ordinamenti tributari attraverso delle disposizioni generali o specifiche, si sostanzia in un abuso del diritto, generalmente riferito ad un comportamento non giustificato da valide ragioni economiche, ma solo dalla riduzione del carico fiscale. Evasione, elusione e lecito risparmio d'imposta sono tre differenti categorie^[3].

L'evasione fiscale si concretizza in un occultamento del presupposto d'imposta, che è l'imponibile, attraverso una violazione diretta di norme fiscali. Il lecito risparmio d'imposta è un comportamento volto ad ottimizzare legittimamente il carico fiscale, senza violare né la legge fiscale né il suo spirito. Nel mezzo si colloca l'elusione fiscale, cioè un comportamento conforme alla legge, ma contrario al suo spirito, volto ad ottenere esclusivamente un risparmio d'imposta.

Uno dei problemi attuali è quello di comprendere se l'elusione fiscale possa causare reati penalmente rilevanti, quali, ad esempio, i reati di natura tributaria a monte del riciclaggio. Cioè, nel caso in cui l'elusione fiscale determini una minore imposizione, oltre la soglia prevista per la responsabilità penale, può configurarsi come infedele dichiarazione o peggio come frode fiscale?

La problematica è aperta a livello europeo, in particolare in Italia, ove una nota sentenza della Cassazione^[4], ritiene vigente, nell'ordinamento italiano, una clausola generale antielusiva non scritta, desunta dai principi costituzionali di capa-

cià contributiva e progressività dell'imposizione che accosta l'elusione fiscale all'evasione fiscale. La questione è talmente complessa con contrastanti orientamenti, sia da parte della dottrina che dalla giurisprudenza, che potrà essere risolta solo con un intervento del legislatore[5].

A parere di chi scrive l'elusione fiscale non comporta "una dichiarazione infedele" in quanto l'imponibile è dichiarato integralmente. L'eventuale abuso di diritto consegue all'accertamento di un comportamento "antieconomico" sotto il profilo tributario, senza però alcuna violazione di legge, tantomeno si configura una frode fiscale.

Nelle ipotesi di "antieconomicità", sindacate sotto il profilo fiscale, non sussistono gli estremi della dichiarazione infedele o della frode penalmente rilevante, ma il compimento di atti eventualmente finalizzati al solo risparmio d'imposta, quale comportamento a monte che, al limite, potrebbe essere anti-giuridico ma non penalmente rilevante.

Ovviamente, nel caso in cui sussistono anche valide ragioni economiche, si rientra nel campo del lecito risparmio d'imposta.

3. **Il caso deciso dalla sentenza in commento**

Il caso che ha dato origine al ricorso per Cassazione da parte del Pubblico ministero nasce da un complesso procedimento, che vedeva coinvolte diverse società controllate da una società holding, appartenenti al medesimo gruppo. Tutte le società sono state accusate del reato di corruzione e di finanziamento illecito ai partiti.

Il Giudice per l'udienza preliminare però stabiliva il rinvio a giudizio delle sole società operanti nel settore sanitario, perché avevano tratto vantaggio dalle condotte corruttive poste in essere dal *dominus* ed amministratore di fatto di tali società. Il Giudice per l'udienza preliminare proscioglieva invece le altre società appartenenti al medesimo gruppo, in quanto, non operanti nel settore sanitario e, per le stesse, non era stato dimostrato che avessero tratto alcun vantaggio dalle condotte delittuose in contestazione.

Il Pubblico ministero presentava ricorso per cassazione, deducendo che, proprio nella fase dibattimentale sarebbe emerso il vantaggio e, quindi, l'interesse delle società prosciolte. Inoltre il Pubblico ministero contestava che il Giudice per l'udienza preliminare aveva erroneamente non considerato che, il *dominus* del gruppo, era amministratore di fatto di tutte le società coinvolte.

La Corte di Cassazione ha ritenuto i motivi di ricorso infondati, poiché non tutti i criteri di attribuzione della responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 erano soddisfatti. Infatti, sebbene il reato commesso, ovvero il delitto di corruzione, rientrasse tra quelli previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, nel caso di specie mancava l'interesse o il vantaggio e l'agente non rivestiva una posizione qualificata all'interno dell'Ente capogruppo.

A quest'ultimo proposito, la Corte di Cassazione ha precisato che la società holding o altre società del gruppo possono rispondere, ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, per un reato commesso da società appartenenti alla medesima aggregazione, ma "è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato".

La Suprema Corte ha quindi rigettato il ricorso, escludendo

la responsabilità della società holding, ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, perché non vi era prova che i soggetti, che avevano agito per conto della capogruppo, avessero concorso con l'autore nella commissione dei reati accertati.

Coerentemente la sentenza, avendo escluso la ricorrenza dei presupposti per ascrivere la responsabilità da reato alla società holding, non si è soffermata sul tema della *compliance* di gruppo e del coordinamento degli organismi di vigilanza.



4. **Il concetto di gruppo nell'ambito del diritto penale e del diritto societario**

La sentenza della Corte di Cassazione, di cui non risultano precedenti in tal senso, è (forse) la prima che si pronuncia nell'ambito del sistema sanzionatorio degli illeciti amministrativi, dipendenti da reato, che riguardano l'ente singolarmente considerato e non nell'accezione di gruppo. Infatti il D. Lgs. n. 231/2001 è silente sul fenomeno dei gruppi societari. Tale argomento è stato tuttavia affrontato dalla dottrina di merito, che ha individuato la problematica[6].

Il legislatore della riforma del diritto societario italiano non ha sviluppato il tema dei gruppi societari, ma si è limitato a fornire un'indiretta nozione nell'articolo 2497, comma 1, Codice civile che individua il profilo centrale del fenomeno, nell'esistenza di un'attività di "direzione e coordinamento di società". Questa attività, oggetto di eterodirezione, deve essere esercitata nel rispetto dei principi della "corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società". Secondo la Cassazione, si è in presenza propriamente di gruppo solo quando una pluralità di società sia sottoposta alla guida unitaria che una di queste esercita sulle altre. È altresì, opinione diffusa, sia nella dottrina sia nella giurisprudenza[7], che la veste di società holding, quale soggetto che in forza della propria partecipazione di controllo, di diritto o di fatto, ovvero in forza di particolari vincoli contrattuali, svolge la funzione di guida unitaria, possa essere assunta non soltanto da una persona giuridica (come di regola accade), ma anche da una persona fisica.

Occorre anche tener presente che l'attività di direzione e coordinamento necessita della presenza di diverse società controllate, che svolgono attività simili e concorrenti fra loro. Pertanto non esiste una direzione e un coordinamento, nel caso di unica partecipata o di controllate che svolgono attività del tutto differenti (si pensi ad esempio ad una società controllata con un'attività industriale e l'altra con un'attività di gestione immobiliare).

In sede civile, in presenza di un gruppo sottoposto a direzione e coordinamento, i creditori delle controllate, dopo aver escusso infruttuosamente il debitore principale, cioè la controllata, possono rivolgersi alla controllante per il soddisfacimento del proprio credito. La mancata pubblicità nel Registro delle imprese e negli atti della società, dell'attività di direzione e coordinamento, prevista dal Codice civile, determina la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori.

Il Codice civile prevede una presunzione semplice di direzione e coordinamento, in presenza di partecipazioni di controllo, di diritto o anche di fatto. Ne consegue che spesso tale presunzione semplice determini anche la semplice presunzione di gruppo.

La giurisprudenza penale, invece, adotta la nozione del gruppo in modo differente, come unità economica e pluralità giuridica, ovvero come unità meramente economica di regola irrilevante per il diritto, salvo che espresse norme di legge non conferiscano, eccezionalmente, un rilievo unitario al gruppo.

Nella pratica, sovente, si trovano dichiarazioni di direzione e coordinamento che non corrispondono all'effettiva realtà. Per esempio si possono riscontrare che per il semplice fatto che la società controllante detiene il 51% del capitale della società controllata, alla società controllante viene indicata negli atti l'attività di direzione e coordinamento, senza alcuna realtà di eterodirezione. Alcuni professionisti ritengono che tale iscrizione al Registro delle imprese abbia una mera funzione cautelativa nei confronti degli amministratori della controllata per gli effetti della responsabilità menzionata.

Tale prassi è quanto mai errata, in quanto, dichiarando una direzione e coordinamento non reale, s'ingenera il falso affidamento nei creditori di poter ricorrere, in caso di negativa escussione della società controllata, alla società controllante. In questa ipotesi, non esistendo alcuna reale attività di direzione e coordinamento, la società controllante facilmente dimostrerà di non aver alcun obbligo nei confronti dei creditori della partecipata. In tal caso i creditori potranno agire nei confronti degli amministratori per la responsabilità derivante dal falso affidamento derivante da tale pubblicità.

Inoltre, l'assoggettamento all'attività di direzione e coordinamento comporta l'estensione alla società per azioni della normativa prevista in tema di società a responsabilità limitata, in ordine ai finanziamenti dei soci, eseguiti, sotto qualsiasi forma, in stato di sottocapitalizzazione della società. Tali finanziamenti sono oggetto di postergazione legale, pertanto potranno essere rimborsati solo dopo aver soddisfatto tutti i creditori. Inoltre, nel caso di restituzione avvenuta entro un anno dalla sentenza di fallimento, sono soggetti a ripetizione.

In questo scenario la sentenza in commento ha il pregio di disconoscere, *sic e simpliciter*, la traslata responsabilità "penale", dalle società controllate alla società controllante, solo per la presunta esistenza di un gruppo. Ma esige, da parte del giudice di merito, l'accertamento di un interesse concorrente con le società controllate, perseguito da un soggetto della società holding agente, identico o in concorso con il soggetto agente della società controllata che commette il reato.

Nelle costruzioni tradizionali di internazionalizzazione d'impresa e conseguente pianificazione tributaria, la società holding rappresenta il pilastro del progetto e della sua fattibilità. Ad ogni modo occorre essere molto attenti alle conseguenze

che certe costruzioni potrebbero causare. Per esempio in Italia, per vincere la presunzione semplice di esteroinvestizione della società holding[8], da "holding pura" che non esercita alcuna attività commerciale[9], la si trasforma in "holding mista" con un'attività di servizi, regolata dai "famigerati" contratti di "management fee".

Le attività poste a capo della capogruppo devono essere attentamente valutate, la sentenza in commento ci offre una valida guida di pensiero. Per esempio la gestione commerciale centralizzata dalla società holding, a favore di diverse società controllate, avente attività analoga o concorrente, determina sicuramente l'attività di direzione e coordinamento. Pertanto, la presenza dei contratti di "management fee", non solo espone la società holding al rischio di stabilimento d'impresa occulto nel Paese delle società controllate, e di presunta evasione fiscale di elementi imponibili, così trasferiti in Paesi a minore fiscalità, ma inoltre conferma inequivocabilmente l'eterodirezione da parte della società holding stessa. Se poi, come spesso accade, il beneficiario effettivo a monte del mandato fiduciario per l'intestazione delle azioni della società holding è contemporaneamente anche il soggetto agente, sia come dipendente della società holding, che provvede alla direzione della gestione commerciale centralizzata, sia come amministratore delle società controllate o di alcune di esse a cui viene fornito il servizio, non solo si avranno le conseguenze di natura civilistica sopra accennate, ma in caso di reati accertati ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, sussisterà anche la responsabilità penale (amministrativa) della società holding, con effetti devastanti e distruttivi per tutto il gruppo societario. Nell'esempio indicato si potrebbe profilare anche il rischio della società holding persona fisica che, attraverso l'abuso della personalità giuridica, perde la responsabilità limitata. In questo caso gli effetti traslativi della responsabilità coinvolgono la persona fisica.

5.

La responsabilità penale della società holding secondo la giurisprudenza di merito e la dottrina dominante

La responsabilità della società capogruppo per illeciti penali commessi dalle controllate è stata più volte affermata in alcune note pronunce della giurisprudenza di merito. L'estensione della punibilità alla capogruppo trova essenziale fondamento nella controversa nozione dell'interesse di gruppo, avvalendosi di presunzioni non assolute. La traslazione della responsabilità da reato, dalla controllata alla capogruppo, viene giustificata ai sensi dell'articolo 5 D. Lgs. n. 231/2001, ricorrendo alla teoria di un esistente interesse, che prescinde dalle particolari posizioni delle diverse società che compongono il gruppo, per identificarsi in un interesse unitario, da riferirsi alla società holding o al raggruppamento d'impresе, complessivamente inteso.

La giurisprudenza di merito, per sostenere la punibilità della società holding, ha fatto spesso ricorso a delle argomentazioni che la dottrina ha stigmatizzato per la debole sostenibilità in diritto. La sentenza in commento ha il pregio di respingere presunzioni e "scorciatoie" non sostenibili in diritto che spesso la giurisprudenza di merito ed i Pubblici ministeri hanno utilizzato per estendere tale responsabilità dalla società controllata alla capogruppo.

Nelle sentenze di merito si è spesso affermato quanto segue[10]: *“la holding esercita, in modo mediato, la medesima attività d’impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto”; “l’oggetto della holding in questo caso non è la gestione di partecipazioni azionarie come tali, ma l’esercizio indiretto di attività d’impresa”; “le controllanti hanno esercitato, attraverso le controllate, una propria attività d’impresa ed hanno soddisfatto, sempre attraverso le controllate, un proprio interesse”.*

In tale prospettiva interpretativa, quando una persona fisica che abbia un rapporto qualificato con una società controllata, commette un reato nell’interesse della stessa, l’interesse o il vantaggio si riflettono sulla società holding, in quanto il gruppo è un’unica impresa imputata ad una pluralità di soggetti[11].

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, la nozione di *“interesse di gruppo”* sarebbe ricostruibile attraverso la disciplina dettata dal Codice civile in tema di bilancio consolidato e di responsabilità gestoria della società holding nella direzione e nel coordinamento del gruppo, nonché dagli orientamenti della giurisprudenza commerciale, relativi alla revocatoria fallimentare delle cessioni gratuite e delle fidejussioni infragruppo.



Inoltre tale orientamento, per sostenere maggiormente la propria tesi, ricorre anche ad un’altra presunzione: la figura dell’amministratore della società holding come amministratore di fatto delle società controllate. Proprio nella vicenda di cui alla sentenza in commento[12] si sono ravvisati i gravi indizi di colpevolezza idonei a fondare la responsabilità della controllante ex D. Lgs. n. 231/2001 nella condotta dell’amministratore di diritto della società holding che aveva, “di fatto”, concorso, con gli amministratori delle società controllate nella corruzione dei funzionari che dovevano assegnare pubblici appalti di servizi alle controllate.

In tale ordinanza si ribadisce l’idoneità a fondare la responsabilità della capogruppo nell’interesse di gruppo. Il medesimo viene esplicitamente definito quale *“interesse di più società, non solo di quelle che hanno ottenuto l’aggiudicazione degli appalti, ma anche delle controllanti nella prospettiva della partecipazione agli utili. L’interesse di gruppo si caratterizza per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte”.*

Pertanto il *pactum sceleris*, pur inteso a far conseguire un’immediata utilità alle società controllate, produce i propri effetti anche nell’interesse della capogruppo, che avrebbe beneficiato dell’attività illecita.

In una successiva pronuncia[13] si è affermato che a fondamento della responsabilità della capogruppo vi è l’esistenza di legami o nessi tra gli enti coinvolti che, in considerazione degli *“inevitabili riflessi che le condizioni della società controllata riverberano sulla società controllante”*, non consentono di ritenere l’ente favorito come “terzo”.

Tali tesi sono state considerate inaccettabili dalla dottrina, e la sentenza in commento ne conferma, autorevolmente, l’insostenibilità. Se si considera il diritto della società holding azionista di percepire gli utili delle società controllate, come interesse concorrente al reato, è ovvio che vi sarà sempre, in qualsiasi caso, la responsabilità da reato della capogruppo. Sostenendo questa tesi, la responsabilità della capogruppo consegue in ogni caso alla mera appartenenza al gruppo della società coinvolta nella commissione del reato.

Una nozione così ampia dei criteri ascrittivi, peraltro, determina la propagazione della responsabilità da reato in capo a tutte le società azioniste della società controllata, indipendentemente dall’esistenza di un rapporto di controllo, o di un’attività di direzione e coordinamento.

La sentenza in commento precisa che l’interesse o il vantaggio dell’azione *criminis*, per le altre società del gruppo, è anche legato alla sussistenza di un rapporto qualificato tra la società stessa e la persona fisica che ha posto in essere il reato.

Da parte della giurisprudenza di merito si è cercato di eludere detto principio attraverso la presunzione che l’amministratore della società holding sia, per effetto del controllo esercitato, amministratore di fatto delle controllate. Tale asserzione deve essere supportata da prove e fatti concreti. Occorre provare come l’amministratore della società holding, esercitando un vero e proprio dominio sulla società controllata, commetta un’ingerenza continuativa e significativa, che sistematicamente esautorì l’autonomia della controllata, asservendola agli interessi della controllante.

Non è condivisibile nemmeno l’asserzione da alcuni fatta che l’amministratore della società holding abbia il dovere e l’obbligo di impedire che, attraverso le società controllate, vengano compiuti reati penalmente rilevanti. L’opinione dominante esclude che possa sussistere un tale obbligo in capo all’amministratore della società holding. L’articolo 2497 del Codice civile, ispirato a profili di tutela dei soci e dei creditori sociali, non consente di fondare un potere-dovere degli amministratori della società holding ad impedire l’attività gestoria, penalmente illecita dell’amministratore della controllata.

Occorre precisare che la direzione unitaria (direzione e coordinamento) non elimina l’autonomia gestionale dell’organo amministrativo delle controllate, ma la comprime per ragioni economiche. Detta limitazione trova la propria legittimazione nei vantaggi compensativi che la controllata ottiene dalla stessa direzione unitaria. Pertanto, ciascuna società di cui si compone il gruppo, ha una propria autonomia giuridica. Gli amministratori della società holding, ove venissero a conoscenza di illeciti commessi nella gestione della controllata, non avrebbero a loro disposizione alcuno specifico strumento giuridico per intervenire, diverso da quelli previsti in generale dalla normativa penale.

Il dovere di diligenza dell’amministratore della società holding capogruppo si realizza nella *compliance* di gruppo e del coordinamento degli organismi di vigilanza.

6. Conclusioni

Anche se una rondine non fa primavera, la sentenza in commento rappresenta un primo faro di orientamento per noi operatori del diritto. Seppur non vengano affrontati tutti i problemi legati al fenomeno dei gruppi societari nel diritto punitivo degli enti, si rivela estremamente significativa, perché afferma la necessità della prova rigorosa di ciascun elemento della fattispecie che compone la responsabilità da reato all'Ente.

Elenco delle fonti fotografiche:

<http://www.fiscocontributi.com/wp-content/uploads/2009/04/scudo-fiscale.jpg> [20.02.2012]

<http://www.isog.org/it/images/stories/no-tax.jpg> [20.02.2012]

<http://www.studiomaggesi.it/immagini/cassazione3.jpg> [20.02.2012]

http://www.iltuocommercialistanapoli.com/polopoly_fs/1.4102245.1309184949!/httpImage/img.jpg [20.02.2012]

[1] Sono i rischi legali e reputazionali nell'ambito delle prestazioni finanziarie e transfrontaliere. Si veda Bernasconi Paolo, *Banche e imprese nel procedimento penale*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Helbing & Lichtenhahn, volume 28, Lugano 2011.

[2] Sulla figura dell'amministratore di fatto si veda: Sandrelli Gian Giacomo, *Il soggetto "di fatto" nei reati societari e fallimentari e l'introduzione del "nuovo" art. 2639 c.c.*, in: *Fall.*, 10/2007, pagina 1169 e seguenti; Alessandri Alberto, *Diritto penale e attività economiche*, Il mulino, Bologna 2010, pagina 233 e seguenti.

[3] Tesauro Francesco, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte generale, Torino 2011, pagina 241.

[4] Cassazione, 21 aprile 2008, n. 10257 e Id., 17 ottobre 2008, n. 25374. Per un approfondimento si veda Contrino Angelo, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in: *Diritto e Pratica Tributaria*, volume 80, n. 3, 2009, I, pagine 463-491.

[5] *Il Sole24Ore*, *Abuso del Diritto in attesa di una Legge*, 2 gennaio 2012.

[6] Si sono occupati del tema: Alessandri Alberto, *Diritto penale e attività economiche*, Il mulino, Bologna 2010, pagina 233 e seguenti; Amodio Ennio, *Rischio penale di impresa e responsabilità*

degli enti nei gruppi multinazionali, in: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pagine 1287 e seguenti; Scaroina Elisa, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè, Milano 2006; Corsini Lorenzo, *Gruppo d'impresa e responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in: *Rivista Le Società*, 2004, pagina 1354 e seguenti; Pistorelli Luca, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in: *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, pagina 11 e seguenti; Santoriello Ciro, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D. Lgs. n. 231/2001*, *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, pagina 41 e seguenti; Astrologo Anna Maria, *Reciproca cointeressenza, partecipazioni incrociate e D. Lgs. n. 231/2011*, *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, pagina 87 e seguenti.

[7] *Ex plurimis*: Cass. civ., 9 agosto 2002, n. 12113, in: *Giur. comm.*, 2004, pagina 15 e seguenti, con nota di Giovannini Stefania, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*; Cass. civ., 13 marzo 2003, n. 3724, in: *Giust. civ.*, 2003, pagina 1198.

[8] Ciò che comporta la riqualificazione del soggetto estero in soggetto fiscalmente residente.

[9] Questo poiché si limita alla detenzione delle partecipazioni con un'attività meramente gestionale-finanziaria.

[10] GIP Trib. Milano 20 settembre 2004, in: *Guida dir.*, n. 47, 2004, pagina 57 con nota critica di Lunghini Giacomo, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*, in: *Corr. mer.*, 2005, pagina 89 e seguenti.

[11] Tale tesi, propugnata da Galgano Francesco, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in: *Contr. e impr.*, 1990, pagina 401 e seguenti, e successivamente ripresa in numerosi scritti, è stata accolta dalla sentenza della Cass. civ., 26 febbraio 1990, n. 1439, *Caltagirone*, rv. 465537, in: *Riv. dir. comm.*, 1991, pagina 515 e seguenti, con nota di Libonati Berardino, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma d'impresa*.

[12] GIP Trib. Milano 14 dicembre 2004, in: *Foro it.*, 2005, pagina 539.

[13] Trib. Milano 20 dicembre 2004, in: *Dir. prat. soc.*, 2005, pagina 69 e seguenti, con nota di Cerqua Federico, *Responsabilità degli enti: I criteri oggettivi di attribuzione del reato*.