

UNA DEFINIZIONE DIMENSIONALE PER GLI ENTI DI "ENTI DI PICCOLE DIMENSIONE" EX ART. 6, COMMA 4 D.LGS. 231/01 ?

Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ha, da un lato, introdotto nel nostro ordinamento una nuova forma di responsabilità diretta degli enti e, dall'altro, favorito lo sviluppo di una cultura del risk management nelle imprese attraverso la diffusione dei cosiddetti "modelli di organizzazione, gestione e controllo".

Riservandoci di ritornare sull'analisi dei modelli organizzativi, nonché rinviando alla copiosa produzione dottrinale per approfondire il tema della responsabilità amministrativa degli enti, nelle brevi note che seguono si propone una ipotesi interpretativa del controverso inciso "enti di piccole dimensioni" di cui all'articolo 6, comma 4, stante l'assenza nella norma de quo di indici che consentano di individuare un sicuro discrimen con gli altri enti che piccoli non sono; infatti, ai fini pratici, si sottolinea l'importanza della sussistenza o meno di tale requisito dimensionale, giacché il legislatore ha previsto che "i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, - ossia la vigilanza sui modelli implementati in azienda - possono esser svolti dall'organo dirigente" anziché da un organo apposito, eventualmente anche costituito ex novo, caratterizzato da professionalità, continuità d'azione, autonomia e indipendenza - dai soci che esercitano il controllo e dagli amministratori che ne sono l'espressione.

Il decreto legislativo 231/01 non contiene una soluzione al problema oggetto della presente indagine, tantomeno sovengono in tal senso la relazione accompagnatoria o le convenzioni internazionali che ne sono gli antecedenti ontologico - giuridici.

Innanzitutto, si osserva che la dottrina più attenta¹ ha proposto una soluzione incentrata, oltre che sulla coincidenza tra direzione e proprietà, sulla variabile "numero dipendenti", senza tuttavia concordare sull'entità di tale dato; gli autori, infatti, hanno prospettato molteplici soluzioni, non raggiungendo però un orientamento univoco tale da consentire, tra gli altri, agli operatori del diritto, oltre che alle stesse società destinatarie del provvedimento, un sicuro appiglio ermeneutico nella fase di adeguamento della struttura organizzativa aziendale verso il corretto

fronteggiamento del "rischio da responsabilità amministrativa".

Siffatta incertezza potrebbe esser superata applicando analogicamente il contenuto definitorio del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante "Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale"². In particolare, l'articolo 9, comma 1, rubricato "Dimensione europea per la piccola impresa e premio di concentrazione" riconosce un contributo, nella forma del credito di imposta³, per quelle imprese che, prendendo parte ad un processo di concentrazione - nella fattispecie sotto forma di associazione temporanea iscritta presso il registro delle imprese per la partecipazione a gare di

² Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 62 del 16 marzo 2005.

³ Pari al 50% delle spese sostenute per studi e consulenze inerenti l'operazione di concentrazione; vedi sul punto D. BOGGIALI, *Associazioni temporanee di imprese: la pubblicità commerciale e i successivi adempimenti a carico del notaio*, Studio n. 126-2006/I, Commissione studi d'impresa, Consiglio Nazionale del Notariato, 2006.

¹ Tra gli altri vedi S. BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, IPSOA, 2004; P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2005.

appalti pubblici -, rientrano “[...] nella definizione comunitaria di piccole e medie imprese di cui alla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003⁴ [...]”.

Seppur dalla raccomandazione, come fonte del diritto comunitario, non originano obblighi giuridici internazionali, essendo la sua efficacia negli stati membri subordinata ad una norma attuativa interna nonché limitata *ratione materiae*, se ne propone una lettura integrativa per colmare la lacuna del D.Lgs. n. 231/01 sul punto.

Precisandosi preliminarmente che il procedimento analogico, previsto dall'articolo 12, comma 2, disposizioni preliminari al codice civile nei limiti del successivo articolo 14 preleggi, consente di applicare una norma che detta una disciplina per un caso (diverso ma) simile a quello concreto ovvero in una materia (parimenti diversa ma) analoga⁵, sembra potersi individuare tra le due norme la presenza dell'*eadem ratio*. Infatti, l'allegato del citato provvedimento, dopo aver precisato che per impresa deve intendersi “ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica”, indica (art. 2) quali criteri di valutazione – cumulativi e non alternativi - per qualificare un'impresa come micro, piccola o media, gli effettivi e le soglie finanziarie; emerge, dunque, la seguente classificazione:

a) microimpresa: quella che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato

annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro;

b) piccola impresa: quella con un numero di effettivi compreso tra 10 e 49 e che realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro;

c) media impresa: quella che impiega un numero di effettivi compreso tra 50 e 249 per un fatturato annuo inferiore o pari ad euro 50 milioni “oppure il cui totale di bilancio annuo” non superi i 43 milioni di euro;

d) enti non piccoli: quelli che non rientrano nella definizione riportata nel testo e che occupano oltre 249 effettivi ed hanno un fatturato annuo superiore ai 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo maggiore di 43 milioni di euro. Alle categorie sub c) e d) non è pertanto applicabile il regime di cui all'art. 6, comma 4 del D.Lgs. n. 231/01.

Riguardo i metodi di calcolo dei due parametri di riferimento rilevano, da un lato, l'esser impresa autonoma o meno⁶ e,

⁶ “[...] Per quanto riguarda il metodo di calcolo delle soglie, si procede nel modo seguente:

- per un'impresa autonoma i dati finanziari e gli effettivi si basano unicamente sui conti dell'impresa stessa;

- per un'impresa partner di altre imprese vengono cumulati i dati dell'impresa e quelli delle imprese partner;

- per un'impresa collegata ad altre imprese si aggiungono ai dati dell'impresa tutti i dati delle imprese alle quali essa è collegata. La definizione di PMI distingue tre tipi di imprese (impresa autonoma, impresa partner, impresa collegata) a seconda del tipo di relazione in cui si trovano rispetto ad altre imprese in termini di partecipazione al capitale, diritti di voto o di esercitare un influsso dominante.

Impresa autonoma - Si tratta della situazione più ricorrente, ovvero di tutte le imprese che non appartengono a nessuno degli altri due tipi di imprese (partner o collegate). Un'impresa si definisce autonoma se:

- non possiede partecipazioni del 25% o più in un'altra impresa;

⁴ Pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea in data 20 maggio 2003 ed entrata in vigore a far data dal primo gennaio 2005, rivolge agli Stati membri, alla BCE e al FEI un invito a conformarsi entro la data del 30 settembre 2005.

⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, p. 50, Napoli, 2006.

-
- non è detenuta direttamente al 25% o più da un'impresa o da un organismo pubblico, oppure congiuntamente da più imprese collegate o organismi pubblici, a parte talune eccezioni;
 - non elabora conti consolidati e non è ripresa nei conti di un'impresa che elabora conti consolidati e quindi non è un'impresa collegata.

Un'impresa può comunque essere considerata autonoma, anche se la soglia del 25 % è raggiunta o superata, se si è in presenza delle seguenti categorie di investitori (a patto che questi ultimi non siano collegati con l'impresa richiedente):

- società pubbliche di partecipazione, società di capitale di rischio, persone fisiche o gruppi di persone fisiche che svolgono regolarmente un'attività di investimento in capitale di rischio ("business angels"), che investono fondi propri in imprese non quotate in borsa, a patto che il totale degli investimenti di tali "business angels" in una stessa impresa non superi 1.250.000 euro;
- università o centri di ricerca senza scopo di lucro;

- investitori istituzionali, compresi i fondi di sviluppo regionale;

- amministrazioni locali autonome aventi un bilancio annuo inferiore a 10 milioni di euro e aventi meno di 5000 abitanti. (cfr. definizione, articolo 3, paragrafo 2, secondo comma).

Impresa partner - Si tratta di imprese che intrattengono relazioni di partenariato finanziario significative con altre imprese, senza che l'una eserciti un controllo effettivo diretto o indiretto sull'altra. Si definiscono "partner" le imprese che non sono autonome, ma che non sono nemmeno collegate fra loro. Un'impresa è definita "partner" di un'altra impresa se:

- possiede una partecipazione compresa tra il 25% e meno del 50% in tale impresa;
- l'altra impresa detiene una partecipazione compresa tra il 25% e meno del 50% nell'impresa richiedente;
- l'impresa richiedente non elabora conti consolidati che riprendono l'altra impresa e non è ripresa tramite consolidamento nei conti di tale impresa o di un'impresa ad essa collegata.

Impresa collegata - Le imprese collegate fanno economicamente parte di un gruppo che controlla direttamente o indirettamente la maggioranza del capitale o dei diritti di voto (anche grazie ad accordi o, in taluni casi, tramite persone fisiche azionisti), oppure ha la capacità di esercitare un influsso dominante su un'impresa. Si tratta quindi di casi meno frequenti e che si distinguono di solito in modo molto chiaro dai due tipi

dall'altro, il numero di unità di lavoro/anno (ULA)⁷.

Concludendo, si ritiene che la descritta quadripartizione possa aiutare l'interprete a individuare gli "enti di piccole dimensioni" di cui all'art. 6, comma 4 del D.Lgs. 231/01, solamente

precedenti. Per evitare alle imprese difficoltà di interpretazione la Commissione europea ha definito questo tipo di imprese riprendendo, se esse sono adatte all'oggetto della definizione, le condizioni indicate all'articolo 1 della direttiva 83/349/CEE del Consiglio sui conti consolidati, che si applica da vari anni. Di solito un'impresa sa subito di essere "collegata", poiché è già tenuta a titolo di tale direttiva ad elaborare conti consolidati, oppure è ripresa tramite consolidamento nei conti di un'impresa che è tenuta ad elaborare conti consolidati".

Fonte:

www.europa.eu/scadplus/leg/it/lvb/n26026.htm.

⁷ "[...] Gli effettivi e le unità di lavoro/anno - Gli effettivi di un'impresa corrispondono al numero di unità di lavoro/anno (ULA) che tiene conto dei seguenti fattori:

- i dipendenti dell'impresa in questione;
- chi lavora per l'impresa in questione con un rapporto di dipendente e, per la legislazione nazionale, è considerato come lavoratore dipendente;
- i proprietari gestori;
- i soci che esercitano un'attività regolare nell'impresa e beneficiano di vantaggi finanziari concessi dall'impresa.

Gli apprendisti o studenti con contratto di formazione professionale o di apprendista non sono compresi nel calcolo del numero di persone occupate.

Un'ULA corrisponde ad una persona che ha lavorato nell'impresa o per conto dell'impresa a tempo pieno durante tutto l'anno considerato. Gli effettivi sono espressi in ULA. Il lavoro delle persone che non hanno lavorato tutto l'anno, oppure hanno lavorato a tempo parziale, a prescindere dalla durata, o come lavoratori stagionali, è calcolato in frazioni di ULA. La durata dei congedi di maternità o parentali non è inclusa nel calcolo".

Fonte :

www.europa.eu/scadplus/leg/it/lvb/n26026.htm.

nelle ipotesi sopra indicate alle lettere a) e b), risolvendo in modo pressoché definitivo ⁸ l'empasse interpretativo legato alla fattispecie; pertanto, potranno evitare la duplicazione tra vigilanza e direzione quegli enti che impiegano un massimo di 49 effettivi e che hanno un fatturato o utile di bilancio non superiore a 10 milioni di euro.

Tale lettura, inoltre, sembra restituire al D.Lgs. 231/01 il suo significato più autentico; infatti, considerando che il sistema originario di riferimento è stato il Sarbanes Oxley Act destinato alle grandi *public companies* americane; e che la Convenzione U.E. del 26 luglio 1995, prima, e l'atto del Consiglio U.E. del 16 giugno 1997, poi, oltre a riferirsi solo alle "persone giuridiche, così individuate secondo i criteri propri di ogni singolo ordinamento", indicano quale bene giuridico oggetto di tutela gli interessi finanziari delle comunità europee; probabilmente, destinatarie naturali del precetto di cui al D.Lgs. 231/01 avrebbero dovuto essere esclusivamente le imprese di medie e grandi dimensioni. Dunque, in questi termini si può ripensare al trattamento di favore previsto dal legislatore nazionale all'articolo 6, comma 4 come uno stimolo per gli enti di piccole dimensioni ad aderire alla visione comunitaria facendo propri principi economici oltre che morali di più ampio respiro⁹.

⁸ I parametri contenuti nella raccomandazione 2003/361/CE sono soggetti a revisione periodica, incidendo su di essi variabili economiche esogene quali, ad esempio, la spinta inflazionistica ed il trend generale del mercato comunitario.

⁹ L'impostazione suggerita sembra legittimare la scelta dell'adozione dei modelli organizzativi come facoltà, intesa in senso civilistico; anche se si ritiene sarebbe stato preferibile limitare tale discrezionalità ai soli enti di piccole dimensioni, prevedendo per gli altri l'obbligatorietà.

Tuttavia, per non ridurre la portata innovativa del D.Lgs. 231/01 ad un mero esercizio stilistico, è indispensabile che anche nelle entità minori siano adottati strumenti idonei ¹⁰ ad assicurare l'esistenza di un sistema di gestione del rischio aziendale ¹¹ che, benché semplificato e agile, sia comunque efficace e che, attraverso un coordinamento dei controlli sui processi decisionali giusti interni nonché una corretta amministrazione, conduca al conseguimento di un vantaggio competitivo per il successo dell'impresa nel mercato.

DOTT. IVAN ROTUNNO

¹⁰ Si ritengono comunque imprescindibili le seguenti operazioni: mappatura di tutti i processi societari e in particolare quelli nelle aree sensibili maggiormente esposte al pericolo di commissione dei reati presupposto; il controllo di gestione; la formalizzazione delle procedure; la formazione del personale e la previsione di un sistema di supervisione interno.

¹¹ È possibile definire la gestione del rischio aziendale come "[...] un processo attivato e attuato dall'Organo Amministrativo; utilizzato per la formulazione delle strategie in tutta l'organizzazione; progettato per individuare potenziali eventi che possono influire negativamente sull'attività aziendale, per gestire il rischio accettabile e finalizzato a fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi aziendali.

Detti obiettivi rientrano nelle seguenti categorie: sviluppo di un efficace piano strategico; efficacia ed efficienza delle attività operative; attendibilità delle informazioni di bilancio; conformità alle leggi e ai regolamenti", A.I.I.A. e PRICEWATERHOUSECOOPERS, *La gestione del rischio aziendale, ERM – Enterprise risk management*, p. 2, ILSOLE24ORE, 2006.