



Linee guida CNDCEC «Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231»

PRESENTAZIONE SECONDA EDIZIONE DEL LIBRO “MODELLO ORGANIZZATIVO DLGS 231 E ORGANISMO DI VIGILANZA”

Torino – 5 novembre 2019

Dott. Paolo Venero – Venero & Partners Tax & Legal - Vice Presidente Fondazione Piccatti-Milanese

Indice

- **Risk – approach**
- **Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili**
- **Il sistema dei controlli**
- **Il Documento CNDCEC**
- **Manuale “MODELLO ORGANIZZATIVO D.LGS 231 E ORGANISMO DI VIGILANZA”**

1. Il risk - approach

La gestione del rischio (*Risk Management*) cioè il processo mediante il quale si stima e si misura il rischio e si stabiliscono delle strategie per governarlo assume oggi un rilievo centrale

Il concetto di **rischio** è infatti **fisiologicamente legato all'attività d'impresa** in quanto intimamente connesso alla vocazione ad intraprendere – e quindi a creare – nonché all'aleatorietà degli eventi riferiti al contesto, all'ambiente e al mercato nei quali l'impresa stessa opera.

Il *risk approach* è un approccio metodologico che ha lo scopo di individuare e valutare tutte le fonti di rischio legate all'attività d'impresa, per poi trattarle e gestirle attraverso gli strumenti più consoni, personalizzandoli a seconda delle esigenze e delle necessità aziendali, nel rispetto degli obiettivi e delle strategie dell'impresa.

In tale ambito assume un rilievo dirimente il sistema dei controlli, quale elemento coesenziale della governance.

I rischi aziendali appartengono a varie categorie, quali, a titolo esemplificativo:

- di mercato
- di credito
- di *business* (es. controllo degli investimenti);
- strategici (es. errato posizionamento sul mercato);
- frodi interne/esterne;
- gestione del personale (es. *talent retention*);
- reputazionale (es. *brand management*);
- sostenibilità produttiva (es. tematiche ambientali);
- salute e sicurezza.

Anche l'emersione della crisi aziendale rientra fra i cd. rischi d'impresa.

Elementi chiave per l'approccio al rischio nella gestione dell'impresa



ADEGUATEZZA
DEGLI ASSETTI
ORGANIZZATIVI



COMPLIANCE
PROGRAMS

La prima quale esplicitazione del principio di corretta gestione i secondi come strumenti che rendono gli assetti *compliant* alle norme di legge

2. Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Per l'impresa moderna, l'adeguatezza degli assetti organizzativi rappresenta un elemento essenziale dell'organizzazione societaria.

Con la riforma del 2003 le tecniche aziendalistiche escono dalla sfera della *best practice* riferibile alle mere regole della organizzazione aziendale ed assurgono a regola generale di diritto comune*.

Vengono, infatti, **introdotti il principio di corretta amministrazione** (art. 2403 c.c.) e l'obbligo di dotare l'impresa di assetti organizzativi adeguati (artt. 2381, 2403 c.c.).

«Una vera e propria 'rivoluzione' in un sistema prima caratterizzato dal binomio merito (insindacabile: c.d. bussiness judgment rule) versus legalità

Art. 2381 c.c.	Art. 2403 c.c.
<p>Comma 3: “(...) il Consiglio di Amministrazione (...) sulla base delle informazioni ricevute valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (...)”;</p> <p>Comma 5: “(...) gli organi delegati curano che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa (...)”</p>	<p>Comma 1: “Il Collego Sindacale vigila (...) in particolare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento”</p>

Nel solco del principio della «organizzazione per la prevenzione» su cui si muove il diritto d'impresa negli ultimi 15/20 anni, il tema degli adeguati assetti organizzativi viene ripreso dal **D.Lgs. 14/2019 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza)**, attuativo della **L. 155/2017** sulla riforma della **crisi di impresa**, che apporta significative novità in tema di gestione, vigilanza e controllo delle imprese, richiedendo alle stesse l'effettuazione di un controllo «preventivo» finalizzato all'**emersione precoce dello stato di crisi** e ad una sua composizione assistita in un'ottica di conservazione dei valori aziendali.

L'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa» diviene un dovere generale dell'imprenditore collettivo ai sensi dell' art. 375, comma 2, D.Lgs. 14/2019



IN CHE MODO?

**ART. 2086,
comma 2,
c.c.**



«L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, **anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi** dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»

LA NOZIONE DI ADEGUATEZZA E I COMPLIANCE PROGRAMS

➤ ADEGUATI ASSETTI

Con riferimento alla nozione di «**adeguatezza**», la Norma 3.4 di comportamento del Collegio Sindacale del CNDCEC denominata «*Attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo*» prevede che **un assetto organizzativo è adeguato quando è in grado di garantire lo svolgimento delle funzioni aziendali.**

➤ COMPLIANCE PROGRAMS

In tale prospettiva, sia in ambito nazionale che internazionale, si è ampliato il ruolo dei «modelli organizzativi» e dei «*compliance programs*» quali strumenti di prevenzione e gestione dei rischi d'impresa e di «*corporate social responsibility*»

Gli stessi integrano e contribuiscono all'adeguatezza degli assetti organizzativi.

La *compliance* in Italia viene attuata principalmente attraverso i *compliance programs*, nelle varie forme che essi possono assumere, quali esemplificativamente:

- Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001;
- Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche ex L. 124/2015 (Legge Madia);
- Piano per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (L.190/2012) ;
- Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza
- Soprattutto nelle quote assume rilievo anche la *self regulation*: vedasi Codice Autoregolamentazione Borsa Italiana

**QUALI SONO, IN CONCRETO, GLI STRUMENTI DA ADOTTARE
PER ASSICURARSI ASSETTI ADEGUATI?**



TRE FONDAMENTALI



FUNZIONI:

devono essere chiari il ruolo e la responsabilità delle singole funzioni aziendali

PROCEDURE:

rilevante per l'identificazione e il buon funzionamento dei flussi informativi

STRUMENTI:

in particolare di quello informatico, poiché è in grado di assicurare la qualità del dato (fondamentale per una valutazione prognostica) e la stabilità dei processi

3. Il sistema dei controlli

Articolazione necessaria e **fulcro degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili** è il **sistema di controllo interno**, in quanto snodo cruciale dell'articolazione **della governance e delle regole di responsabilità.**

Gli attori del sistema dei controlli

Organi della Governance Tradizionale:

- Consiglio sdi Amministrazione
- Collegio Sindacale
- Revisore Legale
- Organismo di Vigilanza – quale organo di staff del CdA

Funzioni di controllo interno di III livello:

- Internal Audit

Funzioni di controllo interno di II livello:

- Risk manager
- Compliance Officer
- Strutture di supporto al Dirigente Preposto
- Altre funzioni di controllo (p.e. datore di lavoro, RSPP)

Funzioni di controllo interno di I livello:

- Process Owner

Altri enti o organi
«esterni» preposti al
controllo e alla
vigilanza:


- Banca d'Italia (banche e intermediari finanziari)
- CONSOB (società quotate)
- IVASS (assicurazioni)
- Enti di settori mk regolamentati (energia, antitrust, alimentari, rifiuti, etc)

LA TRIPARTIZIONE DEL CONCETTO DI CONTROLLO

controllo di merito



controllo di correttezza gestionale e di
adeguatezza amministrativa



controllo di legalità (formale e sostanziale)

➤ **Controllo di merito:**

Controllo sull'opportunità e la convenienza economica dell'attività (più che dei singoli atti) di gestione, retto dalla cd. *business judgement rule*. Spetta ai soci nei confronti del Consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come plenum, nei confronti dei delegati.

➤ **Controllo di legalità:**

Art. 2403 c.c.: «Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto,
.....»



Con la riforma del 2003 fra i due tradizionali controlli si inserisce:

Controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione:

Art. 2403 c.c. «Il collegio sindacale vigilasul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sul suo concreto funzionamento».



Gli adeguati assetti rappresentano, quindi, l'elemento centrale di questa terra di mezzo.

Sono controlli affidati, con compiti differenziati, sia all'organo di gestione, come plenum, sia all'organo di controllo.

Questa tipologia di controlli, normata con la riforma del 2003, trova un ponte con la riforma introdotta dal **D.Lgs. 14/2019**, che, come già detto, pone in capo all'imprenditore collettivo **l'obbligo generale di istituire adeguati assetti «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»***.



Un po' provocatoriamente ci domandiamo: se l'istituzione di adeguati assetti è divenuto un dovere giuridico, cosa può accadere nell'ipotesi di mancata osservanza di tale obbligo da parte dell'imprenditore? L'imprenditore non potrà più fare impresa?

*Al riguardo, pare utile segnalare come, già prima del D.Lgs. 14/2019, **l'art. 2428 c.c.**, rubricato «*Relazione sulla gestione*», richiedesse agli amministratori di fornire una «*descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta*»

L'evoluzione dei sistemi di *governance* e, quindi di controllo, evidenziano che **dall'accezione tradizionale di un controllo *ex-post* si passa sempre più ad un controllo preventivo e/o work in progress** dell'attività d'impresa.

La nozione dovrebbe evolvere da una concezione del controllo come "costo" all'idea del **controllo come "opportunità"**.

Emerge, inoltre, la prevalenza di **controlli indiretti su quelli diretti**, considerato che i primi contengono in sé maggiori risorse di *feedback* e quindi di "autocorrezione", ma, **proprio perché si fondano sui controlli diretti (i c.d. "controlli di linea")**, rischiano anch'essi un "*default a catena*" in caso di carenza o di inefficacia di questi e richiedono quindi un apposito presidio.

Il sistema dei controlli e la *best practice* evolvono da una visione del controllo come mera “funzione punitiva” ad una concezione del controllo come funzione fisiologica della gestione, che si innesta cioè nell’esercizio del potere amministrativo - gestorio come strumento di indirizzo e di correzione permanente della direzione degli affari verso l’obiettivo di un pieno rispetto delle regole vigenti.



In altre parole, **ci si muove oggi** non solo **in una dimensione punitiva** e repressiva, ma anche attraverso una **connotazione preventiva**, intesa a promuovere (sia pur mediante la minaccia di una sanzione in caso contrario) l’adozione di comportamenti virtuosi.

Stesso trend si registra anche in materia penale.

Il **diritto penale** rientra così tra i fattori che possono incidere sull'attività di impresa, nel senso che una corretta gestione del rischio avrà ad oggetto anche la prevenzione di comportamenti illeciti che possono assumere penale rilevanza.

Decisiva in quest'ambito è stata l'introduzione della responsabilità degli enti (incluse le società) da reato prevista dal **DLgs. 231/2001**.

4. Il Documento CNDCEC

Con particolare riferimento alla normativa di cui al D.Lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti, al fine di offrire una risposta di categoria alle istanze dei molti professionisti impegnati in quest'area, sia come consulenti, sia come componenti di Collegi sindacali e di Organismi di Vigilanza, sia ancora come consulenti tecnici nella valutazione di idoneità dei modelli organizzativi in sede giudiziaria, è stata pubblicata la versione definitiva del documento denominato **«Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'Organismo di Vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 231/2001»**, redatto da un **Gruppo di lavoro multidisciplinare** – di cui faccio parte – a cui partecipano ABI, Consiglio Nazionale Forense e Confindustria

Con riferimento ai suoi **contenuti** si evidenzia che lo stesso valorizzando le esperienze dei diversi soggetti firmatari, individua una **serie di principi consolidati e di alto livello per:**

- la predisposizione dei Modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001;
- lo svolgimento delle funzioni dell'Organismo di vigilanza;

In via propedeutica alla elaborazione di una prossima Appendice normativa, si **propongono, infine, alcune modifiche in merito alla Legge vigente, focalizzando fortemente l'attenzione sulle criticità innescate dall'inversione dell'onere della prova operato dalla disciplina in esame rispetto ai procedimenti penalistici ordinari.**

PRINCIPI CONSOLIDATI

Predisposizione del modello organizzativo:

Il Documento dedica un capitolo all'elaborazione dei modelli organizzativi, segnalando, in primo luogo, l'opportunità che le relative attività siano svolte da un team di lavoro multidisciplinare «al fine di armonizzare al meglio le competenze specifiche di ciascun componente **[BANDI]** e, conseguentemente, massimizzare il risultato in termini di maggiore garanzia di tenuta e di efficacia del Modello».

ATTIVITA' DA SVOLGERE



PRINCIPI GENERALI CHE DEVONO ISPIRARE L'ELABORAZIONE DEL MODELLO

SPECIFICITÀ

Il modello deve essere uno strumento di prevenzione del rischio

ATTUABILITÀ

Importanza di dotarsi di protocolli e misure organizzative attuabili in concreto

ADEGUATEZZA

Sia nella fase di adozione che di attuazione

DINAMICITÀ

Il modello deve essere aggiornato per recepire qualsiasi cambiamento

UNITARIETÀ'

Invita il redattore a tener conto dell'organizzazione aziendale nel suo complesso

NEUTRALITÀ

I soggetti incaricati della definizione delle procedure di controllo dovranno avere un adeguato grado di indipendenza

PRINCIPI SPECIFICI PER RENDERE IL MODELLO QUANTO PIU' ADERENTE ALLA REALTA' AZIENDALE

INTEGRAZIONE TRA MODELLO E ALTRI SISTEMI AZIENDALI DI GESTIONE E CONTROLLO

Particolare cura dovrà essere posta nella valutazione dei sistemi di gestione e controllo già esistenti

INDIVIDUAZIONE ATTIVITA' SENSIBILI

Al fine di elaborare protocolli e procedure idonee a svolgere una funzione preventiva

CONTINUITA', CONGRUITA' E INTEGRAZIONE DEI CONTROLLI

Si fa riferimento ai controlli interni

TRASPARENZA E TRACCIABILITA'

Ogni processo deve essere tracciabile. La tracciabilità serve a garantire trasparenza maggiore nella gestione aziendale

SEGREGAZIONE DELLE FUNZIONI

Adegua separazione dei poteri fra le diverse funzioni aziendali


Le attività concernenti un processo sensibile non devono essere affidate ad unico soggetto con poteri illimitati

TRASPARENTE GESTIONE DELLE RISORSE FINANZIARIE

La cattiva gestione delle risorse finanziarie può rappresentare un elemento strumentale alla commissione di alcuni reati, come il riciclaggio o la corruzione

Al fine di svolgere al meglio la funzione di vigilanza l'OdV dovrà

Possedere i requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e onorabilità



Avere una composizione ottimale a seconda della realtà in cui dovrà operare



Interagire con gli altri organi dell'ente mediante adeguati flussi informativi anche in materia di whistleblowing

Onere della prova:

Con riferimento all'**onere della prova**, partendo dal fatto che **attualmente la disciplina prevede che sia l'ente a dover dimostrare l'adeguatezza del Modello adottato nel caso in cui il reato sia commesso da un apicale, il Documento dà atto che in tale circostanza risiede una delle delle maggiori criticità dell'impostazione del D.lgs. 231/2001.**

Da un lato, infatti, tale previsione si «scontra» con i principi fondanti il processo penale; dall'altro, essa rischia di tradursi in una "*probatio diabolica*", dal momento che il Modello - di fatto - appare sempre inadeguato al vaglio del giudice nel momento in cui il reato si è verificato.

Considerato l'eccessivo sbilanciamento nella ripartizione dell'onere della prova a danno della difesa, appare evidente, a parere degli Autori del Documento CNDCEC, la lesione del diritto alla difesa e del principio di non colpevolezza costituzionalmente garantiti

Il Documento in esame **suggerisce**, pertanto, di rendere maggiormente chiara la norma e **di assimilare il regime probatorio previsto per l'ipotesi in cui il reato sia commesso dagli apicali** (ove spetta all'ente dimostrare l'adeguatezza del Modello) **a quello previsto per gli illeciti posti in essere dai sottoposti** (NB: ai sensi dell'art. 7 del Decreto, è previsto che l'adozione e l'efficace adozione del Modello escluda di per sé l'inosservanza degli obblighi di direzione e **vigilanza**), nonché di richiamare le Linee Guida, prendendo spunto dall'art. 30 D.Lgs. 81/2008

Delimitazione dei reati presupposto

Altro elemento su cui si sofferma il Documento è quello di operare una delimitazione più chiara dei reati presupposto *«eliminando i rinvii a reati ultronei o tipicamente collegabili a realtà 'ontologicamente' illecite, quali quelli direttamente connessi alla criminalità organizzata, contro la personalità individuale o a organizzazioni strutturalmente dedite a traffici delittuosi»* ed *«evitando la possibilità di richiami indefiniti, come di fatto è accaduto attraverso l'estensione della responsabilità per reati non direttamente contemplati dalla norma ...nella contestazione di illeciti contenuti nel Decreto»*.

NB Il Documento porta come esempio la sentenza 24841/2013, con cui **la Cassazione ha sancito la responsabilità degli enti ex D.Lgs. 74/2000 (sui reati tributari), ove commessi mediante il reato di associazione per delinquere**, previsto dall'art. 24 ter D.Lgs. 231/2001 e L. 146/2006 (reati transnazionali).

Impianto sanzionatorio

Nell'applicazione delle sanzioni interdittive, occorrerebbe tenere in considerazione le dimensioni dell'ente e la tutela dei livelli occupazionali *«limitando, per quanto possibile, effetti pregiudizievoli all'economia territoriale o nazionale»*, al fine di permettere la prosecuzione dell'attività di impresa.

Regime della prescrizione

Potrebbe essere utile ricollegare espressamente l'interruzione della prescrizione esclusivamente all'applicazione di misure cautelari, al rinvio a giudizio dell'ente e/o all'emissione della sentenza di condanna, invece che alla mera richiesta di misure cautelari interdittive ex art. 22, comma 1, D.Lgs. 231/2001.

5. Manuale “MODELLO ORGANIZZATIVO D.LGS 231 E ORGANISMO DI VIGILANZA”



Con l'obiettivo di supportare i Professionisti e gli Enti il «**Gruppo di studio dei sistemi di controllo e D.Lgs. 231/2001 ODCEC di Torino**» ha deciso di redigere un apposito manuale, giunto oggi alla seconda edizione.

Come già segnalato dal Dott. Frascinelli, il Volume assume, in particolare, la struttura di un manuale tecnico – pratico, caratterizzato, soprattutto da una visione degli argomenti oggetto di trattazione secondo angolazioni differenti, anche grazie al fattivo contributo di accademici, avvocati penalisti e civilisti, oltrechè naturalmente commercialisti.

La nuova edizione viene, in particolare, innovata, introducendo aggiornamenti agli argomenti trattati nella prima edizione e nuove tematiche, tra le quali si annovera:

La disciplina del whistleblowing

Evoluzione dei reati presupposto

Reati commessi all'estero

Diritto comparato

Strumenti operativi di ausilio all'attività di OdV

Il tema che ispira l'intera trattazione è quello della **prevenzione mediante organizzazione**.

Ciò significa che una buona organizzazione della vita aziendale conduce inevitabilmente alla prevenzione di comportamenti illeciti e, in ogni caso, non virtuosi.

Tale *trend* è stato confermato dal Codice della crisi, che porta con sé una «**riforma culturale**» che muove da una rilevazione *a posteriori*, ad una preventiva rispetto all'emersione dello stato di crisi passando da un'ansia punitiva (che pervade la normativa regolatrice della crisi d'impresa) ad un obiettivo, più al passo con i tempi, incentrato sull'impresa in quanto tale ed al suo risanamento (ove ne sussistano le condizioni).

Una riforma che avvalora ed enfatizza ancora di più il concetto e la necessità della «**prevenzione**» (attuabile mediante l'adozione di adeguati assetti organizzativi amministrativi e contabili ovvero di un adeguato sistema di controllo) e che vede sempre più la nozione di controllo mutare dalla tradizionale concezione di «costo» a quella di «**opportunità**».

Un particolare ringraziamento a:

- ❖ La **Fondazione Piccatti-Milanese** e **l'ODCEC** ed in particolare la **D.ssa Lorella Testa** per averci dato un **continuo supporto**
- ❖ **Gli amici Avvocati** per la pluriennale fattiva collaborazione e la **Camera Penale Vittorio Chiusano**
- ❖ **Il Dipartimento di Management di UNITO** che ci ha dato fiducia istituendo un **apposito corso su «Risk management e Modello 231»**
- ❖ **Alessandra Rossi**, che ha curato la consulenza scientifica, e al suo team del **Dipartimento di Giurisprudenza di UNITO**
- ❖ **Paolo Montalenti** per la sua Prefazione ed il continuo sostegno al nostro GdL
- ❖ **Roberto Frascinelli** e **Massimo Boidi** per aver condiviso con me la cura del Manuale

❖ Un grazie sentito a tutti i Coautori:

Maria Francesca Artusi
Ezio Audisio
Alessandro Baudino
Maurizio Bortolotto
Andrea Caretti
Giuseppe Chiappero
Stefano Comellini
Silvia Cornaglia
Leonardo Cuttica

Alberto de Sanctis
Annalisa De Vivo
Paolo Fabris
Mario Garavoglia
Francesco Gerino
Nicola Gianaria
Guglielmo Giordanengo
Guglielmo Guglielmi
Lorenzo Imperato

Michela Malerba
Patrizia Marchetti
Riccardo Montanaro
Benedetta Parena
Alessandro Parrotta
Luca Piovano
Patrizia Provvisiero
Salvatore Raia
Maurizio Riverditi

Francesca Romano
Annamaria Roncari
Alessandra Rossi
Carlo Salomone
Roberto Schiesari
Roberto Trincherò
Stefano Valentini
Cesare Zaccone

Un particolare ringraziamento a Maria Francesca Artusi, Benedetta Parena e Simona Boria che hanno assistito il sottoscritto nella stesura del Manuale.

Grazie per la Vostra attenzione