

MODELLI ORGANIZZATIVI E GESTIONALI

LA NOMINA E IL FUNZIONAMENTO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA. AUTONOMIA DELL'ENTE FRA VINCOLI E OPPORTUNITA'

Dr. Lucio G. Insinga, Direttore Affari Societari e Legali CHL S.p.A..

In questa Rivista, più autori hanno unanimemente affermato che i destinatari cui si rivolge il d.lgs 231/2001, non hanno un obbligo normativo di adottare un sistema di controllo, definito anche sistema antifrode.

Per taluni¹, l'assenza di tale obbligo e quindi l'esercizio della facoltà di un soggetto di adottare o meno un certo comportamento, non può dipendere da una valutazione superficiale, tacita e soggettiva; al contrario, si deve concretizzare in un'attività o in un atto che motivi il ricorso a tale facoltà.

Ci si chiede in proposito, se quest'ultima tesi possa trovare concreta applicazione, in virtù dell'evoluzione normativa che prevede costantemente nuove fattispecie di reato sanzionabili in capo all'ente². In un modo o nell'altro, gli enti che decidono di non adottare le precauzioni complessivamente previste dal d.lgs. 231/2001, non potranno invocare alcuna forma esimente, se non alleviare con la procedura prevista dall'art. 17 del medesimo decreto le conseguenze del giudizio³.

Fatta questa brevissima premessa, l'ente che decide di conformarsi al dettato della norma, deve provvedere alla nomina dell'organismo di vigilanza⁴.

¹ Anno 2006. All'Università Bocconi di Milano, nell'ambito di un Convegno in materia d'applicazione del d.lgs 231/2001, il Sostituto Procuratore della Repubblica, Dott. Francesco Greco, nel proprio intervento, ha osservato che il legislatore concede la facoltà all'ente di adottare o meno il modello ma, l'esercizio di detta facoltà deve essere espressa, deve cioè emergere da un atto certo. In estrema sintesi, si richiederebbe al Consiglio d'Amministrazione dell'ente l'elaborazione di un'analisi, sulla base della quale, l'organo dirigente assumerebbe la delibera di esercitare la facoltà prevista dalla legge e, in forza degli atti di cui dispone, deliberare di non provvedere all'adozione di un sistema di controllo. L'organo dirigente insomma, dopo aver fatto un'analisi dei rischi aziendali accetterebbe di "autoassicurarsi" stante la bassa esposizione di commissione di taluni reati.

² La tesi espressa dal Dott. Francesco Greco, se condivisa, comporterebbe per il Consiglio d'Amministrazione dell'ente, non una delibera *una tantum*, bensì un'attività da svolgersi in parallelo, rispetto all'introduzione dei nuovi reati introdotti nel corso del tempo nel d.lgs. 231/2001. Processo quest'ultimo che appare complesso, proprio in virtù di un dinamismo legislativo che in questi anni ha visto un progressivo aumento delle fattispecie di reato sanzionabili in capo all'ente.

³ Art. 17 Riparazione delle conseguenze del reato. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di Modelli Organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

⁴ Art. 6 Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente.

Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art. 5, comma 1, lett. a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) omissis [...] d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera

L'ente, potrà innanzitutto verificare se ricorrano quei requisiti (piccole dimensioni) che gli consentono di nominare quale organismo di vigilanza il proprio organo dirigente (art. 6 comma 4).

Ciò introduce subito due spunti di riflessione interessanti:

- La prima riguarda l'ente e la sua natura dimensionale,
- La seconda riguarda segnatamente le caratteristiche personali dei componenti dell'O.d.V.

Con riguardo alla prima considerazione, il legislatore ha ritenuto di non dettare parametri vincolanti per definire quali sono quegli enti che hanno “una piccola dimensione”. È opportuno quindi che l'analisi da parte degli organi delegati, non si limiti ad una mera valutazione del numero dei dipendenti, ma consideri altre informazioni, quali ad esempio, il numero complessivo dei collaboratori di cui si avvale la società nello svolgimento della propria attività⁵, il numero delle sedi nelle quali si svolgono le attività sensibili, il numero dei soggetti apicali individuati nel corso dell'indagine, il numero e il valore delle transazioni che espone l'ente al rischio astratto della commissione di un fatto-reato.

Oltre ad una precisa misurazione dell'esposizione al rischio, una valutazione più articolata, consente anche di comprendere se la futura attività di vigilanza richiederà l'esercizio di un potere di controllo e un presidio più o meno costante.

Con riguardo alla seconda considerazione, l'assenza di precise disposizioni, suggerisce che il legislatore, al contrario di altri casi, ha abdicato ai quei principi d'autonomia, indipendenza e professionalità espressamente previsti per altri organi di controllo.⁶

Quindi, in tutti i casi nei quali l'organo dirigente è anche Organo di Vigilanza (ipotesi espressamente prevista per gli enti di piccola dimensione), esso per questa sua duplice veste, si troverà in uno stato permanente di conflitto d'interessi, in quanto controllore e controllato; strettamente correlato all'ente poichè, egli è anche il maggiore azionista o uno fra i più importanti. Inoltre, detto soggetto è lo stratega della società, ma professionalmente non possiede né gli strumenti, né quelle specifiche competenze in materia di sistemi di controllo antifrode; infine, in quanto stratega, può dedicare certamente un tempo assai limitato a tutte quelle attività che competono in via esclusiva all'O.d.V.

In virtù di quanto sopra, pare quindi che:

- per gli enti di piccole dimensioni, il legislatore abbia voluto tenere in considerazione la struttura bonsai del tessuto produttivo italiano, composto per il 90% aziende che dichiarano meno di 20 dipendenti, ed ha ritenuto opportuno indicare un percorso ispirato a criteri di mera economicità;

b). In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze: a), b) e c) omissis; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) omissis [...]. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente [...].

⁵ Per una corretta valutazione della dimensione dell'impresa, appare fortemente riduttivo considerare soltanto il numero dei lavoratori subordinati. Molti operatori economici, ormai sempre più frequentemente, fanno ricorso a collaborazioni esterne anche per prestazioni manageriali che prevedono ampie procure e libertà decisionale dei delegati. Esempi di soggetti professionali non legati da rapporti di subordinazione si riscontrano facilmente in molti settori come l'edilizia, la sanità, la formazione, solo per citarne alcuni esempi.

⁶ Si rammentano a tal proposito le disposizioni cogenti dettate dal Codice Civile in tema di composizione del collegio sindacale. Fra le fonti non cogenti, si veda inoltre quanto previsto dal Codice di Autodisciplina (vincolante per la società quotate), in tema di composizione in seno al Consiglio di Amministrazione e dei Comitati, di un numero congruo di Consiglieri non esecutivi e indipendenti) e, quanto suggerito dalle linee guida elaborate da Confindustria in tema di nomina dell'Od.V. (III L'Organismo di Vigilanza p. 32 ediz. 31 marzo 2008)

- per gli enti di medie a grandi dimensioni, che certamente dispongono di maggiori risorse, la nomina dell'O.d.V. potrà essere di più ampio respiro.

Restiamo ancora per un attimo sulla questione della nomina dell'O.d.V., per rilevare altresì che è in facoltà dell'ente decidere se:

- privilegiare una composizione mono o plurisoggettiva,
- prevedere componenti effettivi e supplenti⁷,
- essere un organo interno, esterno o misto.

In conclusione, gli enti di piccole dimensioni, potranno nominare anche un solo membro, nella persona dell'organo dirigente (amministratore delegato), oppure più soggetti; mentre, negli enti di medie e grandi dimensioni, la composizione monosoggettiva non trova concreta applicazione.

Esaurita la parte del tema dedicato alla nomina dell'O.d.V., s'introduce ora quella concernente il suo funzionamento.

I compiti che l'O.d.V. è chiamato a svolgere, si possono riassumere nel modo seguente:

- attività d'informazione e formazione del personale dipendente e dei collaboratori, soggetti apicali e subordinati, individuati nel corso dell'indagine;
- attività d'analisi volte ad accertare la concreta coerenza fra i comportamenti aziendali tenuti e quelli indicati nel modello;
- attività di monitoraggio volte ad accertare che il modello sia rappresentativo della reale operatività aziendale;
- attività d'aggiornamento del modello che può dipendere da vari fattori, quali:
 - la modifica del *model business* come ad esempio la decisione dell'ente, da un dato momento, di partecipare a commesse pubbliche;
 - il *turn-over* aziendale dei soggetti apicali. Promozioni, dimissioni, licenziamenti, sono tutti eventi che modificano non solo l'organizzazione delle persone ma anche gli stili di comportamento e la gestione delle risorse;
 - la modifica dei poteri o delle deleghe. Pur in assenza di cambiamenti nella struttura di vertice, si possono manifestare esigenze organizzative che richiedono l'attribuzione di nuovi compiti o di nuove deleghe⁸;
 - eventi straordinari quali l'acquisizione di nuove attività, rami d'azienda, la quotazione degli strumenti finanziari in un mercato regolamentato.
- attività di supporto al Consiglio d'Amministrazione nella valutazione su come adeguare il modello in virtù di taluni eventi, su come prevedere nuovi protocolli, nuove sanzioni, o aggiornamenti del codice etico.
- attività di successiva analisi o *follow-up*, volta ad accertare che gli aggiornamenti di volta in volta implementati trovino concreta attuazione;

⁷ Un gruppo operante nei servizi socio-sanitari con sede legale e sedi operative nell'Italia centrale ha nominato un Organismo di Vigilanza composto da quattro soggetti, di cui tre effettivi e un supplente. Dei tre effettivi, due sono stati individuati fra i *manager* responsabili delle filiali della società.

Al fine di garantire sempre la collegialità di almeno tre membri, il supplente partecipa agli incontri, ogni qual volta uno dei due *manager* - membri effettivi - non può garantire la propria presenza. Il membro supplente non sostituisce il Presidente dell'O.d.V. anch'egli soggetto esterno.

⁸ Nella mia decennale esperienza presso il medesimo Gruppo, sono stato chiamato a ricoprire diverse funzioni manageriali che a loro volta hanno richiesto deleghe diverse, commisurate al ruolo. Ciò, ai fini del modello di controllo ha comportato il censimento di dette modifiche. Altri *manager*, come ad esempio il Direttore Operazioni, che inizialmente aveva una modesta rilevanza nell'elaborazione del modello, ha successivamente assunto un maggiore rilievo a seguito del conferimento delle deleghe concernenti la Direzione del Personale.

- attività di gestione delle segnalazioni, attraverso la definizione delle modalità di ricezione, valutazione e gestione delle segnalazioni ricevute.

Se quelli sopra descritti possono rappresentare alcuni dei compiti che l'O.d.V. deve svolgere a garanzia della costante applicazione di un modello, forse è facile comprendere perché, in generale, si può diffidare dal conferimento dell'incarico ad un organo monosoggettivo. Inoltre, enti che apparentemente e formalmente appaiono come soggetti autonomi rispetto ad altre entità, sovente svolgono una quota parte del medesimo processo produttivo.⁹ In tali casi, sarà il Consiglio d'Amministrazione della società *holding* (se consolidante) o della società di maggiore importanza o capo fila, se di un gruppo d'impresе facente capo agli stessi azionisti, a valutare se l'esposizione al rischio dell'attività nel suo insieme e la conseguente nomina dell'O.d.V. debba prevedere un raggio d'azione più o meno ampio.

Come abbiamo visto, la norma offre interessanti spunti di riflessione per affrontare il tema della nomina dell'Organismo di Vigilanza e, senza avere la pretesa di dare suggerimento alcuno, possiamo tirare le fila del ragionamento fin qui fatto.

L'ente, ha facoltà di nominare un organo mono o plurisoggettivo. Nell'ambito di tale facoltà, l'ente, in ogni momento, dovrà tenere conto delle finalità che si è posto il legislatore.

Se l'ente è un soggetto con strumenti finanziari quotati, ha la facoltà di individuare anche nell'ambito dei Consiglieri non esecutivi e indipendenti quei membri disponibili a ricoprire anche l'incarico di componenti dell'Organismo di Vigilanza. Ciò, vale sia per le società in regime di governance di tipo tradizionale, sia per quelle che hanno adottato un diverso regime, di tipo monistico o dualistico¹⁰.

L'organo di vigilanza, nell'interesse dell'ente, dovrebbe opportunamente documentare le attività svolte, al fine di garantire l'intelligibilità del lavoro svolto a garanzia di una costante applicazione del modello.

L'organo di vigilanza, oltre ai "poteri minimi" che si desumono dalla lettura dell'art. 6, ovviamente ne potrà ricevere altri da parte del Consiglio d'Amministrazione, quali ad esempio un potere di spesa che consenta la nomina di tecnici o professionisti per lo svolgimento di indagini specifiche su tematiche nelle quali i membri dell'O.d.V. non hanno una competenza specifica.¹¹

⁹ Non è raro riscontrare nei gruppi familiari, società costituite nel tempo per varie ragioni, quali ad esempio: ripartizione del rischio d'impresa, ottenimento di agevolazioni pubbliche, attività non conciliabili in un unico statuto sociale. E non è altrettanto raro che dette attività, sovente, sono svolte nei medesimi immobili. Al riguardo cito ancora un'esperienza diretta. Nel 1999 il Gruppo CHL era costituito da quattro società. Centro HL S.p.A (*import*, assemblaggio di *personal computer* a marchio CHL), CHL S.r.l. (gestione della rete dei negozi affiliati), Italianet S.r.l. (gestione dei servizi *marketing* strategico ed operativo), Teseus S.r.l. (sviluppo della piattaforma informatica proprietaria). In occasione della quotazione presso la Borsa di Milano (anno 2000), il Gruppo deliberò una fusione per incorporazione i cui effetti sul personale furono assolutamente neutri, proprio in ragione del fatto che ogni entità operativa aveva un proprio ruolo autonomo, quale quota parte di un unico processo aziendale.

In tale fattispecie, molto ricorrente, ai fini dell'indagine preliminare volta ad adottare un sistema antifrode, ha un senso escludere quei soggetti giuridici nei quali sono concentrati pochi dipendenti, oppure, anche in assenza di un consolidamento dei bilanci di più società i singoli enti devono essere considerati un aggregato unitario per una valutazione di un rischio di gruppo?

¹⁰ L'attuale sistema di governance di CHL S.p.A. è di tipo monistico. L'Organismo di Vigilanza è composto da tre dei sei consiglieri, scelti fra coloro i quali hanno i requisiti soggettivi ed oggettivi per essere considerati non esecutivi e indipendenti.

¹¹ Un O.d.V. composto da dottori commercialisti e avvocati, per compiere la valutazione di taluni rischi in materia informatica, ambientale, sanitario o della sicurezza dei luoghi di lavoro, potrebbe avere l'esigenza di ricorrere a

In merito ai gruppi d'impresa, abbiamo descritto le varie ipotesi che si riscontrano nella realtà quotidiana dove convivono:

- gruppi d'impresa formalmente riconoscibili, ossia quelli nei quali vi è una società consolidante ed una o più società consolidate;
- gruppi d'impresa costituenti da società che da una lettura esterna, non sono riconducibili alla medesima attività ma che concretamente svolgono una quota parte del medesimo processo produttivo.

Per i primi, intercettabili anche attraverso atti pubblici (visure camerali, bilanci consolidati ecc...), è molto probabile che l'adozione di un sistema di controllo antifrode da parte della controllante, generi a caduta un obbligo di adeguarsi alla norma in esame. In tale contesto, i Consigli d'amministrazione delle società coinvolte nel perimetro di consolidamento, potranno valutare, se nominare un O.d.V. di Gruppo, oppure un O.d.V. per ciascun ente¹².

Per i secondi, l'adozione di un sistema di controllo è da valutare "caso per caso" l'adozione, anche con il fine di evitare di creare un "presupposto giuridico di gruppo".

L'ipotesi di adottare autonomi modelli di controllo è praticabile ma, economicamente più impegnativa, perché comporta l'elaborazione di un modello per ciascuna società e la nomina di più organismi di controllo;

In definitiva, possiamo concludere che la libertà e l'autonomia che il legislatore ha volontariamente concesso all'ente, deve essere considerata come un'opportunità per creare un "vestito su misura", capace di esprimere azioni efficienti, efficaci ed economicamente vantaggiose, creando le condizioni per l'ottenimento di un'eventuale esimente nell'ipotesi di coinvolgimento in un giudizio.

Le decisioni del Consiglio d'Amministrazione, in definitiva dovranno essere, per quanto possibile, in grado di compenetrare le esigenze gestionali e le finalità del legislatore.

professionisti degli specifici settori sopra indicati, al fine di acquisire le necessarie informazioni atte ad esprimere una corretta valutazione dell'esposizione alla commissione di determinati reati.

¹² Interessanti a tale proposito sono i profili di responsabilità in quei gruppi, nei quali una società (*holding*) detiene una percentuale di partecipazione del capitale in una o più società che genera in capo alla controllante il potere di direzione coordinamento e controllo.

