La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del D.Lgs. 231/01, corporate governance e risk management

Relatore: Raffaella Rospetti

Milano, 19 novembre 2018

AIDC
Associazione Italiana
Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili
Sezione di Milano

Il D. Lgs.231/01

Il legislatore italiano ratifica la Convenzione OCSE con Legge 300 del 2000, che porta al D. Lgs. 231/2001

- Forte innovazione: superamento del concetto *societas delinquere non potest* (art. 26 Costituzione) → *societas puniri potest*
- Cassazione S.U. 2008: *il sistema 231 è l'epilogo di un cammino volto a contrastare il fenomeno della criminalità d'impresa, attraverso il superamento del principio societas delinquere non potest*, nella prospettiva di una omogeneizzazione della normativa interna con quella internazionale ispirata al **pragmatismo giuridico**

La Responsabilità “amministrativa” degli Enti

Estensione **alle persone giuridiche**, in determinate condizioni, della responsabilità per reati commessi da persone fisiche che operano per la società

Introdotta la responsabilità **in sede penale** degli Enti per reati commessi dai soggetti apicali e subordinati

Colpevolezza di carattere **organizzativo**: viene punita la non volontà di costruire un sistema di norme interne efficaci o l’omessa vigilanza sul sistema di controllo interno

Natura della responsabilità

Tertium genus di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e amministrativa, prevedendo un'**autonoma responsabilità amministrativa** dell'Ente in caso di commissione, nel suo interesse o vantaggio, di uno dei reati contenuti nella III sezione, da parte di un soggetto che riveste una posizione apicale o subordinata

Soggetti destinatari (art. 1)

SI APPLICA

- Enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica
- imprese individuali (Corte di Cassazione sentenza del 20 aprile 2011 n. 15657)
- società di diritto privato che esercitino un pubblico servizio, in base ad esempio ad un rapporto di concessione e a società controllate da Pubbliche Amministrazioni
- S.p.A. a capitale misto pubblico – privato sono soggette alla 231/2001, essendo qualificate come Enti di carattere economico che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale

NON SI APPLICA

- Stato, Regioni, Province, Comuni, agli Enti Pubblici territoriali, agli altri Enti pubblici non economici e agli Enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale

I CHI ed i PERCHE' necessari affinché si configuri la responsabilità dell'ente

CHI

Soggetti attivi del reato

1. **persone con posizione apicale** che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso;
2. **persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza** di uno dei soggetti di cui al punto precedente.

PERCHE'

Interesse o vantaggio

La società è responsabile per i reati commessi **esclusivamente nel suo interesse o a suo vantaggio**.
E' sufficiente l'intenzione, non è necessario l'effettivo vantaggio.
Non è responsabile se le persone hanno agito **esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi (ossia a danno dell'azienda).**

3 condizioni necessarie

1. il reato commesso sia inserito, alla data di effettuazione (art. 2 – principio di legalità), nel novero dei reati presupposto del Decreto
2. l'Ente abbia tratto interesse o vantaggio dalla condotta della persona fisica
3. il reato sia commesso da persona (apicale o subordinata) connessa all'Ente. Può essere anche una persona esterna (es. agente). La posizione apicale/subordinata rileva ai fini della presunzione di colpevolezza dell'Ente (art. 5)

I soggetti del reato (artt. 6 e 7)

- **Apicali**: Amministratori, Direttori generali, Direttori con capacità di spesa. Sono esclusi Sindaci e Revisori

  Per reati commessi da questa categoria si ha la **presunzione** di colpevolezza, poiché queste figure sono responsabili dirette della carenza organizzativa che ha consentito l'effettuazione del reato (art. 6.1). Spetta all'Ente la dimostrazione di aver posto in essere tutte le misure di cautela ovvero l'elusione fraudolenta del Modello (art.7.,c.1)

- **Subordinati**: soggetti alla altrui direzione (compresi consulenti, agenti, autonomi, RSPP, Medico Competente, etc.)

La colpa organizzativa consiste nel non aver adeguatamente vigilato sull'operato. La colpa non è presunta, ma va provata. (art. 7.,c.2)

Interesse e vantaggio

Se il soggetto agisce solo per **proprio interesse** non scatta la responsabilità “231”

Al contrario, se sussiste un interesse marginale o parziale per l’ente, anche in caso di non completamento dell’azione criminale ovvero della realizzazione del vantaggio, scatta questa responsabilità

Interesse e vantaggio – reati colposi

- L'interesse o il vantaggio si sostanziano nella condotta inosservante delle norme cautelari: risparmio costo sicurezza, aumento di produzione a scapito sicurezza
- Una parte della giurisprudenza ravvisa l'interesse nel momento della violazione delle norme (ex ante): si valutano solo le condotte volontarie, escludendo imperizia e sottovalutazione del rischio (criterio soggettivo)
- Altra parte valuta l'interesse con criterio oggettivo, ovvero se la condotta che ha portato al reato sia stata o meno determinata da scelte rientranti nella sfera di interesse dell'ente

Interesse e vantaggio – reati dolosi

Interesse

- Va valutato *ex ante*
- Indole soggettiva
- volontà del soggetto di concretizzare la condotta
- interesse della società a monte ad un arricchimento prefigurato - **ma non realizzato -** in conseguenza dell'illecito

Vantaggio

- Va valutato *ex post*
- Si configura quando è **effettivamente conseguito** in conseguenza dell'illecito, anche se non espressamente ravvisato "ex ante"

Art. 43 Codice Penale

Il delitto è:

- **Doloso**, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso che è il risultato dell'azione o omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente provveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione

- **Colposo**, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica per negligenza, imprudenza, imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti o discipline

Il sistema delle sanzioni

Sistema basato sulle "**quote**" individuate dal Giudice in base alla gravità del reato, modulate poi con un valore unitario per quota, che tiene conto delle condizioni patrimoniali ed economiche dell'Ente soggetto

Si compongono di:

a) Sanzione pecuniarie, variabili da un minimo di 25.800 – 154.900 € ad un massimo di 258.000 -1.549.000 €
b) Confisca
c) Sanzioni interdittive (da 3 mesi a 3 anni)
d) Pubblicazione sentenza

L'applicazione delle misure è specifica per ogni reato

L'accertamento della responsabilità dell'ente da parte del giudice comporta sanzioni variabili a seconda della tipologia di reato

Sanzioni pecuniarie

si applicano in ogni caso in relazione alla gravità del reato

Sanzioni interdittive

si applicano solo se espressamente previste in caso di:

- profitto di rilevante entità
- reiterazione degli illeciti

si identificano in:

- interdizione dall'esercizio dell'attività
- sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito

- divieto di contrattare con la pubblica amministrazione
- esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi e revoca di quelli già eventualmente concessi
- divieto di pubblicizzare beni e servizi

Pubblicazione della sentenza di condanna

Confisca del prezzo o del profitto del reato (inteso come il vantaggio economico ricavato) – sempre applicata

La determinazione della sanzione dipende:

- dalla gravità del fatto
- dal grado della responsabilità dell'ente
- dall'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto
- dall'attività svolta per prevenire la commissione di ulteriori illeciti

Quali reati?

- Reati commessi nei rapporti con la P.A.;
- Delitti informatici e trattamento illecito di dati;
- Delitti contro l'industria e il commercio;
- Reati societari;
- Reati di market abuse;
- Reati di corruzione, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità;
- Reati di falso nummario;
- Reati di ricettazione e riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita;
- Reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico;

Quali reati? (segue)

- Delitti di criminalità organizzata;
- Reati transnazionali;
- Reato di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'Autorità giudiziaria;
- Reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime;
- Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita;
- Reato di impiego di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno;
- Reati ambientali;
- Delitti in materia di violazione del diritto di autore;
- Delitti contro la personalità individuale;
- Reato di corruzione tra privati;
- Reato di autoriciclaggio.

Reati societari (art. 25)

ATTIVITA' SENSIBILE	REATI ASSOCIABILI	SOGGETTI ATTIVI DELLA CONDOTTA
1. Predisposizione o coinvolgimento (anche parziale, a titolo di collaborazione o consulenza) nella predisposizione di comunicazioni sociali destinate al mercato: a. Bilancio d'esercizio e consolidato b. Relazioni infrannuali civilistiche e/o consolidate c. Bilancio sociale ed ambientale d. Bilanci pro-forma e. Budget o piano pluriennali f. Informazioni sulle quote di mercato g. Altre informazioni destinate alle autorità di vigilanza	• **False comunicazioni sociali** • **False comunicazioni a danno dei soci o dei creditori**	CdA, Responsabile Controllo di gestione, Direttore Generale, Direttore Amministrativo, e tutte le funzioni aziendali che forniscono dati ed informazioni al fine della predisposizione delle comunicazioni sociali
2. Predisposizione di prospetti richiesti ai fini dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari[1], ovvero ai fini dell'ammissione alla quotazione in mercati regolamentati, ovvero, ancora, nella predisposizione dei documenti da pubblicare in occasione di offerte pubbliche di acquisto e scambio	**1. Falso in prospetto** • **Aggiotaggio**	CdA, Responsabile Controllo di gestione, Direttore Generale, Direttore Amministrativo, Investor Relator
• Comunicazione/diffusione al pubblico delle notizie circa i fatti che avvengono nella sfera di attività aziendale	**1. Aggiotaggio** **2. False comunicazioni sociali**	CdA, Responsabile Controllo di gestione, Direttore Generale, Direttore Amministrativo, Investor Relator

Reati societari (art. 25)

ATTIVITA' SENSIBILE	REATI ASSOCIABILI	SOGGETTI ATTIVI DELLA CONDOTTA
• Gestione dei rapporti con le Società di Revisione, con il Collegio sindacale e con i Soci, nell'esercizio dei poteri di controllo loro conferiti dalla legge	• **Impedito Controllo**	Amministratore Delegato,Consiglio di amministrazione, Investor Relator, responsabile del Controllo di Gestione, Direttore Amministrativo, Internal Auditor e tutte le funzioni aziendali che forniscono dati ed informazioni alla società di revisione o al collegio sindacale
• Gestione degli dei rapporti con le Autorità di vigilanza al cui potere è soggetta l'azienda nello svolgimento della propria attività	1. **Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza**	CdA, Responsabile Controllo di gestione, Direttore Generale, Direttore Amministrativo, Investor relator
• Collaborazione con l'organo amministrativo nello svolgimento delle proprie funzioni ed, in particolare, nelle attività riguardanti la destinazione dell'utile di esercizio o nel compimento di operazioni sul capitale	1. **Illegale ripartizione di utili e riserve** 2. **Formazione fittizia del capitale** 3. **Indebita restituzione dei conferimenti** 4. **Illecite operazioni su azioni o quote sociali o della controllante** 5. **Operazioni in pregiudizio dei creditori**	CdA, Responsabile Controllo di gestione, Direttore Generale, Direttore Amministrativo
• Collaborazione con l'organo amministrativo nella predisposizione della documentazione da sottoporre all'Assemblea dei soci per delibera	1. **Illecita influenza sull'Assemblea**	CdA, Responsabile Controllo di gestione, Direttore Generale, Direttore Amministrativo

Come si può "*difendere*" l'ente? (art. 6)

L'Ente non risponde delle ipotesi di reato se:

1. è stato adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione dell'illecito, un **Modello di organizzazione, gestione e controllo** idoneo a prevenire la realizzazione dei reati oggetto del Decreto
2. è stato affidato ad un **"Organismo di Vigilanza"**, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello stesso e di provvedere al suo aggiornamento
3. le persone hanno commesso il reato **eludendo fraudolentemente il Modello di organizzazione, gestione e controllo**
4. il reato è stato commesso **senza che vi fosse omessa o insufficiente vigilanza** da parte dell'Organismo di Vigilanza

Il Modello Organizzativo

L'adozione del Modello non è obbligatoria, ma:

- ✓ *"Responsabilità concorrente dell'amministratore delegato di una società per l'omessa predisposizione di un adeguato Modello Organizzativo ai sensi del D.Lvo 231/01"* **Tribunale di Milano (ud.13 febbraio 2008) n. 1774**
- ✓ è un'opportunità per assicurare alla società un efficiente assetto organizzativo ed una consapevole gestione dei rischi operativi
- ✓ Il Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana SpA, approvato dalla Consob il 27 febbraio 2007 ha fissato tra i requisiti richiesti alle società quotate per ottenere la qualifica **S.T.A.R**. (segmento titoli con alti requisiti) «*l'aver adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'art. 6 D.Lgs. n. 231/2001*»

Lo scopo del Modello

- **D. Lgs 231/2001**

Modello di organizzazione, gestione e controllo

- **Reato**

Valutazione formulata dal giudice in sede di accertamento penale:

a) idoneità del modello

b) efficace applicazione

- **Se valutazione è positiva**

Esonero della responsabilità amministrativa dell'Ente (IL REATO E' STATO COMMESSO ELUDENDO FRAUDOLENTEMENTE IL MODELLO)

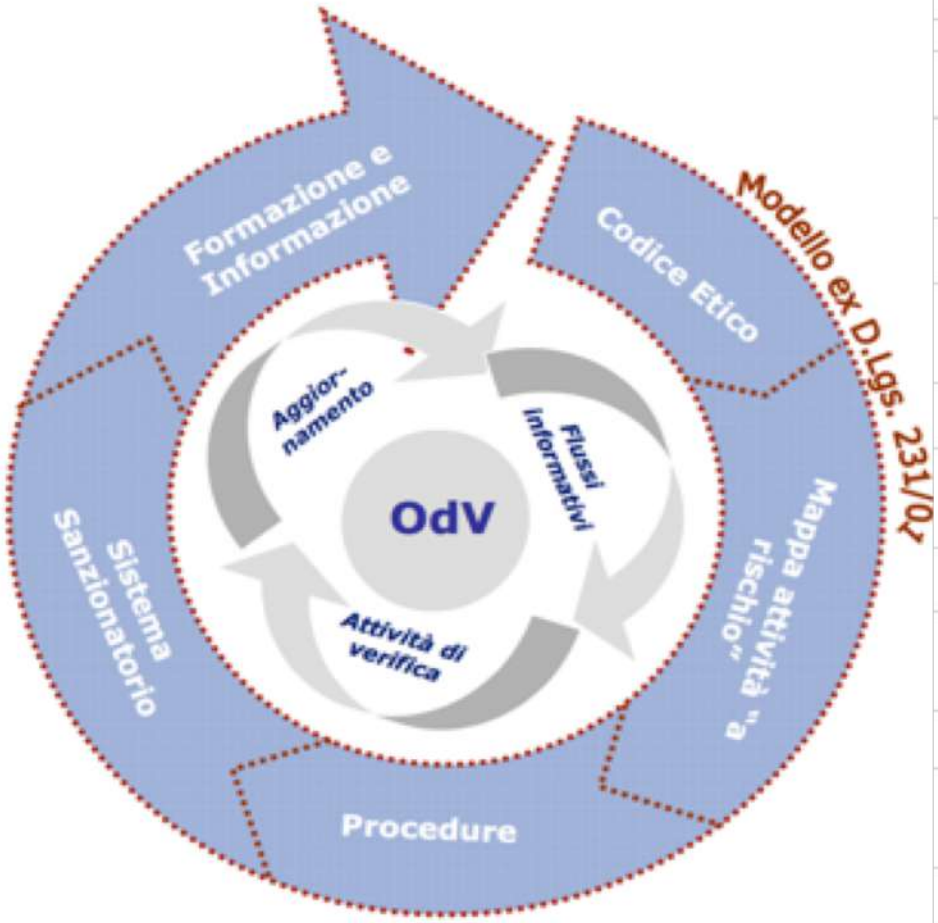
- **Se valutazione è negativa**

Sanzioni in base alla gravità del reato

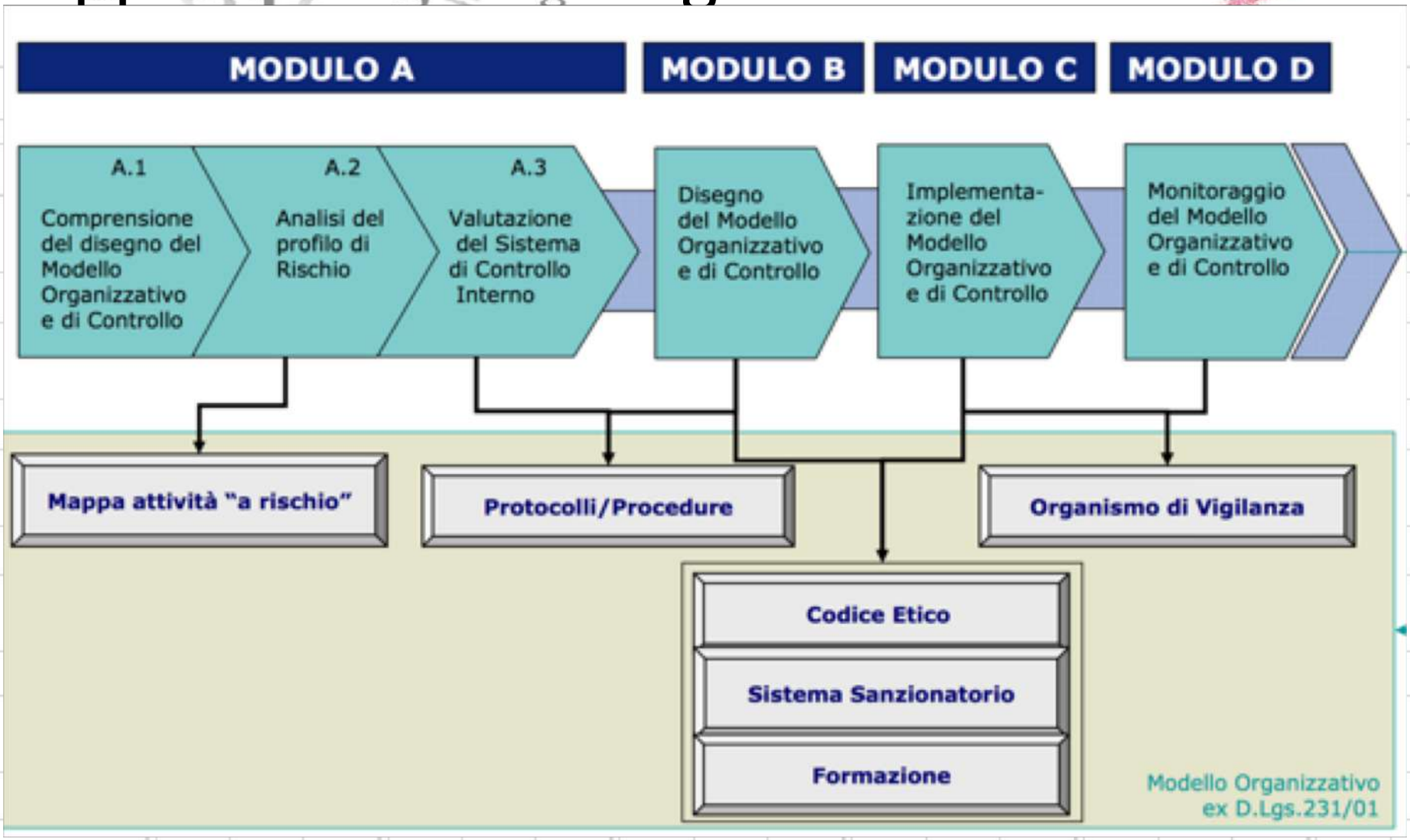
- ✓ Costruzione ed efficace attuazione di un sistema strutturato e organico di **procedure** e di **attività di controllo**, da svolgersi anche in via preventiva (controllo ex ante), volto a prevenire la commissione dei reati previsti dal Decreto
- ✓ Oltre alla funzione preventiva, il Modello può essere adottato successivamente alla realizzazione del reato, al fine di usufruire della riduzione delle sanzioni

Elementi del Modello Organizzativo

- Mappa attività "a rischio"
- Procedure
- Codice Etico
- Sistema Sanzionatorio
- Organismo di Vigilanza
- Formazione



Approccio metodologico



REQUISITI DEL MODELLO AI FINI DELL'ADEGUATEZZA (art. 6, 2° comma d.lgs 231/2001)

" (...) i modelli (...) devono rispondere alle seguenti esigenze:

- *individuare le **attività** nel cui ambito possono essere commessi reati;*
- *prevedere **specifici protocolli** diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;*
- *individuare **modalità di gestione delle risorse finanziarie** idonee ad impedire la commissione dei reati;*
- *prevedere **obblighi di informazione** nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;*
- *introdurre un **sistema disciplinare** idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello".*

IL RIFERIMENTO ALLE "LINEE GUIDA" (art. 6, 3° comma d.lgs. 231/2001)

"I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, ***sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti****, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati*".

La Giurisprudenza

- G.I.P. Trib. Milano, ord. 9.11. 2004 (dr.ssa Secchi: il "decalogo"): Caso IVRI-Cogefi [imprescindibilità modello concreto, efficace e dinamico; rilevanza "storia" dell'ente e benchmark di settore; previsione specifiche competenze e cause ineleggibilità OdV; importanza sistema disciplinare anche nei cfr degli apicali, necessità di formazione differenziata, obblighi informativi vs odv, ecc.)

- G.I.P. Trib. Bari, ord. 18.04.2005 (dr. De Benedictis) [necessità di previsioni organizzative concrete e non generiche/astratte + effettiva attuazione del modello]

- G.I.P. Trib. Napoli, ord., 26.06 2007 (dr.ssa Saraceno). Caso Impregilo-smaltimento rifiuti [corretta analisi del rischio; modello ad hoc; composizione e attività OdV; articolazione sistema disciplinare; specificità protocolli; rilevanza flussi informativi]

- G.I.P. Trib. Trani -sez. Molfetta, sentenza, 2.10 2009 (dr. Galadeta): caso FS Logistica-Track center [insufficenza DUVRI e necessità modello ex art. 30, esigenza corretta proceduralizzazione in ottica sistema di gestione anche delle interferenze]

Tra i fattori utili per una corretta progettazione del modello, vanno altresì richiamati:

✓ *best practice* nazionali (che riflettono i profili applicativi dei modelli)

✓ riferimenti internazionali

- *Co.So. Report*
- *E.R.M.*
- *U.S. FCPA*
- *U.S. Federal Sentencing Guidelines*
- *UK Bribery Act*

Mappatura dei processi a rischio reato

Risk Assessment: valutazione del grado di esposizione al rischio di commissione del reato. Consiste nell'identificazione di:

- ✓ processo sensibile,
- ✓ funzioni coinvolte,
- ✓ reato potenziale,
- ✓ potenziali modalità di attuazione del reato,
- ✓ criticità in termini di carenze rispetto alla prevenzione dalla commissione del reato.

L'attività di mappatura e valutazione del rischio deve essere **periodica**. Va ripetuta in caso di riorganizzazione, verifica di criticità, modifiche normative.

Matrice del rischio “231”

Attività “ a rischio” relative al Core Business

Attività “ a rischio”	Reati associabili
▪ Espletamento degli adempimenti previsti dal D.Lgs. 626/94 in materia di antinfortunistica, sicurezza ed igiene del posto di lavoro.	▪ Omicidio colposo ▪ Lesioni colpose gravi o gravissime
▪ Gestione dei rapporti con enti e/o funzionari per gli aspetti che riguardano gli adempimenti previsti dal D.Lgs. 626/94 in materia di antinfortunistica, sicurezza ed igiene del posto di lavoro, anche in occasione di visite ispettive da parte degli organi preposti.	▪ Corruzione ed istigazione alla corruzione
▪ Gestione dei rapporti con i funzionari pubblici in occasione delle attività di collaudo degli impianti e degli immobili (e.g. VVFF per rilascio CPI, ASL, etc.);	▪ Corruzione ed istigazione alla corruzione
▪ Promozione dei prodotti e dell'immagine aziendale attraverso l'organizzazione di eventi, manifestazioni sportive e/o sfilate, in collaborazione con Soggetti Pubblici	▪ Corruzione ed istigazione alla corruzione
▪ Rapporti con Funzionari Pubblici per l'ottenimento di licenze, concessioni, autorizzazioni e permessi necessarie all'espletamento dell'attività operativa, anche in occasione di verifiche ispettive.	▪ Corruzione ed istigazione alla corruzione
▪ Rapporti con Funzionari Pubblici in fase di predisposizione, trasmissione ed eventuale richiesta di integrazione della documentazione per la partecipazione a gare di appalto.	▪ Corruzione ed istigazione alla corruzione

Analisi del sistema di controllo interno: *processi "strumentali"*

ATTIVITA' A RISCHIO-REATO

REATO	OCCASIONE	FINALITA'	MODALITA'
Corruzione	Ispezioni, verifiche o accertamenti da parte di Autorità di Vigilanza	Induzione del Funzionario pubblico a: • ignorare ritardi omissioni o errori negli adempimenti • Omettere la segnalazione di anomalie rilevate durante verifiche, ispezioni e accertamenti	• Dazione/promessa di denaro a Funzionari pubblici • Riconoscimento/promessa di un'altra utilità al Funzionario/ Soggetto pubblico

MODALITA'	PROCESSI STRUMENTALI
Dazione/promessa di denaro attraverso, ad esempio: • Assegnazione di incarichi a consulenti che gestiscono anche i rapporti con Funzionari pubblici;	→ ASSEGNAZIONE DI CONSULENZE E DI INCARICHI PROFESSIONALI A TERZI
• Emissione di fatture relative a operazioni fittizie.	→ GESTIONE DEI FLUSSO MONETARI E FINANZIARI
Riconoscimento/promessa di un'altra utilità al Funzionario/ Soggetto pubblico attraverso, ad esempio: • Assunzione di una persona legata al Funzionario pubblico da vincoli di parentela, affinità, amicizia o comunque su segnalazione di quest'ultimo;	→ SELEZIONE E GESTIONE DELLE RISORSE UMANE
• Gestione impropria di donazioni, sponsorizzazioni, omaggi, atti di liberalità o di altre spese commerciali e di marketing.	→ ACQUISTO DI BENI E SERVIZI GESTIONE DEI FLUSSI MONETARI E FINANZIARI

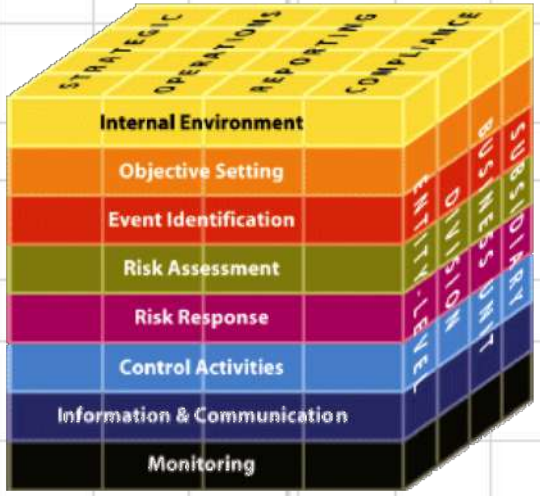
Art. 6, 2^ c., lett a) "individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati";

1^ STEP

MAPPATURA AREE/PROCESSI A RISCHIO REATO

2^ STEP

ANALISI DEL RISCHIO



1° STEP INDIVIDUAZIONE E MAPPATURA AREE/PROCESSI A RISCHIO REATO

PROCESSI OPERATIVI	PROCESSI STRUMENTALI	PROCESSI "DI PRESIDIO DELLE REGOLE"
-Vendita -Autorizz/concessioni -Verifiche/ispezioni -Omaggistica -Sponsorizzazioni -Spese rappresentanza -(…….)	-Finanza -H.R. -Proc. giudiziali e arbitrali -Accordi transattivi -Consulenze -Approvvigionamenti -(…….)	-Market abuse -D.lgs. 61/2002 -D.lgs. 81/2008 -Ambiente -(……)

2° STEP

RISK ANALYSIS

1) APPROCCIO TRADIZIONALE:

VALUTAZIONE A CURA DI UNA FUNZIONE INTERNA SPECIFICAMENTE DEDICATA O IN OUTSOURCING

2) AUTOVALUTAZIONE

C.R.S.A

Valutazione e scoring

Interviste
Questionari

Workshop
Questionari

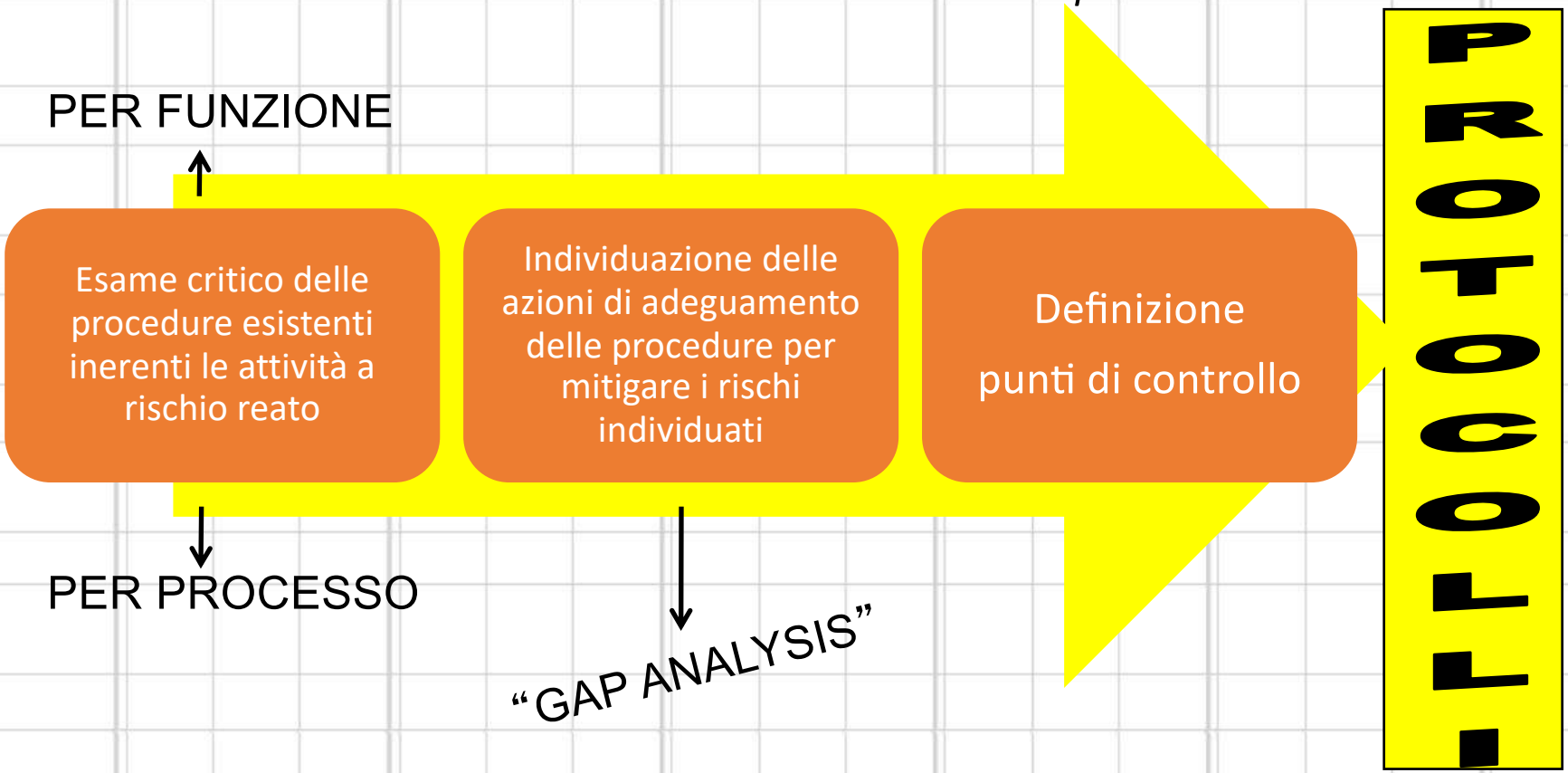
Repository
data-base
rischi

Il **rischio inerente** è tutto ciò che potrebbe teoricamente impedire all'azienda di conseguire i suoi traguardi, ipotizzando che il sistema di controllo non sia operativo (cause o minacce latenti).

- **Il sistema di controllo interno** fornisce all'azienda una ragionevole garanzia circa il raggiungimento dei propri obiettivi, evitando e/o attenuando i rischi che possono penalizzarla…

Il **rischio residuo** é la conseguenza delle minacce/vulnerabilità che riescono a superare il sistema di controllo interno (effetti sugli obiettivi)

Art. 6, 2^ c, lett b): "prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire "



Protocolli di controllo

COSA SONO

- Tutti i processi “sensibili” devono essere regolamentati
- I protocolli sono la formalizzazione delle modalità operative con cui vengono gestiti i processi aziendali

COSA DEVONO CONTENERE

- fasi e finalità del processo
- responsabili del processo e verifica della congruenza responsabilità/ poteri/compiti assegnati
- strumenti di controllo (autorizzazione preventiva, doppia firma, ratifica successiva, accessibilità dei dati)
- Flussi informativi verso l’OdV
- Archiviazione della documentazione

I “PRINCIPI DI CONTROLLO” (rif. Linee Guida Confindustria)

1 → ADEGUATEZZA E COERENZA DELLE OPERAZIONI

2 → TRACCIAMENTO DOCUMENTALE

3 → SEGREGAZIONE DEI COMPITI

PRINCIPIO DI CONTROLLO ULTERIORE

4 → “OGGETTIVAZIONE” DELLE SCELTE

I Principi di controllo

"Nessuno può gestire in autonomia un intero processo"

Il sistema deve garantire l'applicazione del principio di separazione di funzioni, per cui l'autorizzazione all'effettuazione di un'operazione, deve essere sotto la responsabilità di persona diversa da chi contabilizza, esegue operativamente o controlla l'operazione

Inoltre, occorre che:

1. a nessuno vengano attribuiti poteri illimitati
2. i poteri e le responsabilità siano chiaramente definiti e conosciuti all'interno dell'organizzazione
3. i poteri autorizzativi e di firma siano coerenti con le responsabilità organizzative assegnate

4. Separazione delle funzioni
5. Adeguata tenuta documentale e tracciabilità delle operazioni rilevanti
6. Poteri autorizzativi e di firma
7. Rispetto delle norme

"Ogni operazione, transazione, azione deve essere: verificabile, documentata, coerente e congrua":

Per ogni operazione vi deve essere un adeguato supporto documentale su cui si possa procedere in ogni momento all'effettuazione di controlli che attestino le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione ed individuino chi ha autorizzato, effettuato, registrato, verificato l'operazione stessa

“***Documentazione dei controlli***”**.**

Il sistema di controllo dovrebbe documentare (eventualmente attraverso la redazione di verbali) l’effettuazione dei controlli, anche di supervisione

(cfr. Linee guida Confindustria pag.24 e ss.)

Art. 6, 2^ c. lett. c) individuare <u>modalità di gestione delle risorse finanziarie</u> idonee ad impedire la commissione dei reati;

Il protocollo "**finanza**" è l'unico espressamente richiesto dalla norma.

La motivazione di tale specifica previsione è da ricondurre al fatto che, all'epoca dell'emanazione, il d.lgs. 231 prevedeva quali reati presupposto solo quelli contro la P.A. (artt. 24 e 25).

Nelle varie fattispecie originarie, la gestione dei flussi finanziari ha un ruolo evidentemente fondamentale.

Da qui l'esigenza avvertita dal legislatore di prevedere una proceduralizzazione *ex lege*

Framework "262": "copre" il processo finanza come protocollo di controllo?

Art. 154 bis Testo Unico di Finanza (inserito dalla legge 262/2005)

Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari predispone adeguate procedure amministrative e contabili per la predisposizione del bilancio di esercizio e, ove previsto, del bilancio consolidato nonché di ogni altra comunicazione di carattere finanziario.

SCOPO → Correttezza e veridicità dei dati di bilancio

Validità anche come protocollo di controllo a fini 231 per coprire il processo amministrazione e finanza?

Framework “262”: “copre” il processo finanza come protocollo di controllo?

Base senza dubbio valida MA NON ESAUSTIVA.

Necessità di:

→ integrazione di alcuni punti di controllo “231” specifici;

→ adeguati flussi informativi vs l’ODV

Ciò soprattutto in relazione ai reati di riciclaggio, crimine organizzato, finanziamento terrorismo internazionale ecc. per i quali la gestione dei flussi finanziari riveste un ruolo centrale.

Segnalazioni

QUALI

Qualsiasi **violazione** del Modello 231, ovvero altre eventuali irregolarità con particolare riferimento alla commissione di reati previsti nel Decreto 231 o comunque a **comportamenti non in linea con le regole di condotta** adottate dalla Società stessa, devono essere immediatamente segnalate all'Organismo di Vigilanza

COME

Metodi di segnalazione:

- tramite e-mail indirizzata alla casella di posta elettronica riservata all'OdV
- tramite comunicazione scritta all'ente di appartenenza

Flussi verso l'OdV

Art. 6, 2^ c. lett. d) "prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli"

DUE ASPETTI

- Flussi informativi relativi ai singoli processi
- Segnalazione di violazioni

Flussi Informativi relativi ai processi

CHI → process owner

COSA:
→ operazioni "in deroga"
→ operazioni oltre determinate soglie dimensionali
→ operazioni con caratteristiche particolari meritevoli di "attenzione"
→ (……)

QUANDO:
→ periodicità definita (trim/sem/annuale)
→ al verificarsi di determinate circostanze

Segnalazione violazioni

CHI → ogni dipendente/collaboratore
COSA: → violazioni al modello → presunta commissione di reati 231; → (……)
COME: → e-mail dedicata (es. odv@ente.it) → intranet →Posta / comunicazione telefonica

WHISTLEBLOWING

Il Sistema disciplinare

Art. 6, 2^ c. lett. e) "introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello"

ADEGUATO SISTEMA SANZIONATORIO PER VIOLAZIONI AL CODICE ETICO E ALLE PROCEDURE DEL MODELLO ORGANIZZATIVO

Organi sociali:

- CdA
- Collegio Sindacale

Dipendenti:

- Dirigenti
- Altri dipendenti

Terzi:

- Autonomi
- altri fornitori

- Ogni **violazione** del Codice Etico o di altra componente del sistema deve essere sottoposta a sanzione, a prescindere dal fatto che la violazione abbia o meno comportato la commissione di un reato
- Nel caso di **lavoratore dipendente**, la sanzione dovrà essere applicata nel rispetto di quanto previsto dal CCNL e dallo Statuto dei Lavoratori
- Nel caso di **lavoratore autonomo o di altro fornitore**, la sanzione dovrà essere prevista dal contratto e potrà arrivare sino alla risoluzione dello stesso

Le altre parti fondamentali del Modello

CODICE ETICO

FORMAZIONE

ORGANISMO DI VIGILANZA

Il Codice Etico

L'adozione di *principi etici rilevanti* ai fini della prevenzione dei reati 231 assunto ad elemento essenziale del Sistema di controllo preventivo dalle Linee Guida

→

CODICE ETICO

Regole di condotta finalizzate ad impedire comportamenti illeciti o contrari agli standard aziendali

CONTENUTO MINIMO DEL CODICE ETICO → INDICAZIONE LINEE GUIDE PARTE INTEGRANTE DEL MODELLO ORGANIZZATIVO O VALENZA AUTONOMA?

(In alcune organizzazioni, presenza di comitati, diversi dall'OdV, deputati all'aggiornamento e al monitoraggio del Codice Etico)

COS'E'

- È la carta dei diritti e doveri fondamentali attraverso la quale la Società individua e chiarisce le proprie responsabilità e gli impegni etici verso i propri stakeholder
- L'osservanza delle norme del codice costituisce parte essenziale delle obbligazioni contrattuali di tutti i dipendenti

COSA CONTIENE

- Elencazione delle norme, principi etici e sociali a cui gli esponenti aziendali si devono attenere
- Indicazione dei provvedimenti interni attuabili in caso di violazione di una norma del codice etico e delle modalità di controllo per la garanzia dell'osservanza di tale codice

COS'E'

- E' approvato dal Vertice aziendale e deve essere portato alla conoscenza di tutti i dipendenti

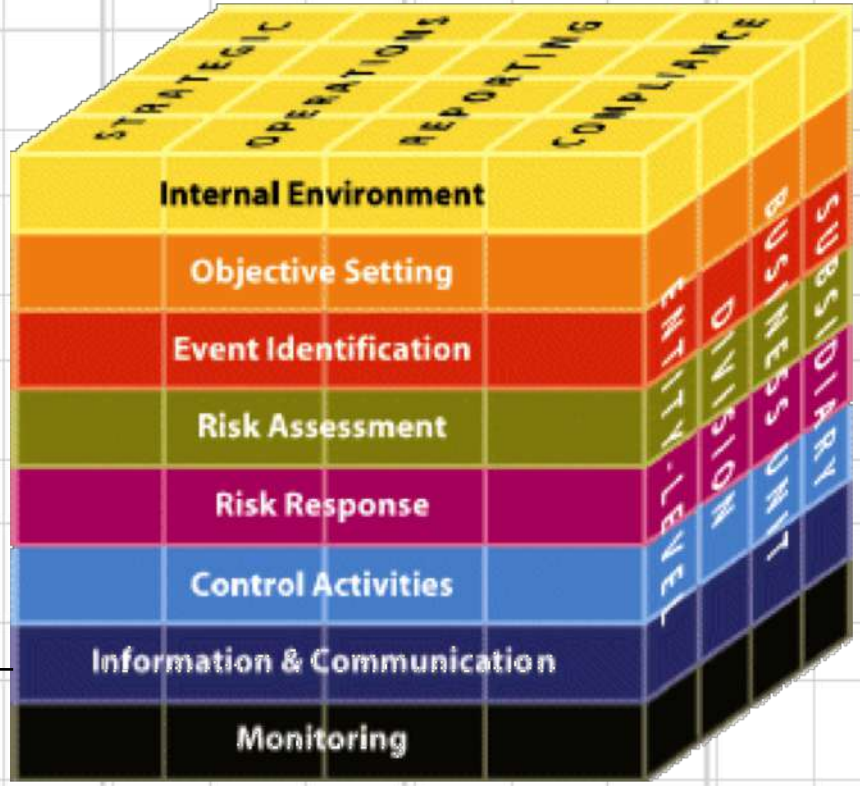
COSA CONTIENE

- informazioni sulle modalità di comunicazione con chiunque sia coinvolto in una segnalazione delle modalità di applicazione del codice etico o di una violazione ad esso; informazioni sulla divulgazione e sulla promozione del codice etico

Formazione e comunicazione

Informazione e Comunicazione
elementi fondativi del
Sistema di Controllo Interno

La FORMAZIONE è una forma
specifica di Informazione



AIDC
Associazione Italiana
Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili
Sezione di Milano

- Un'adeguata FORMAZIONE indirizzata a tutto il personale potenzialmente coinvolto nei processi sensibili “231” costituisce un elemento di fondamentale importanza ai fini della “tenuta” del modello e sul carattere di “idoneità” dello stesso (in tal senso si è espressa anche la giurisprudenza).

- Necessario progettare un percorso di FORMAZIONE DISTINTA per:
  - amministratori/apicali/”process owner” a “rischio”;
  - membri dell'Organismo di Vigilanza;
  - eventuali collaboratori esterni coinvolti in processi sensibili
  - altri dipendenti

- Ogni componente del sistema deve essere **conosciuta** da tutto il personale e deve essere **comunicata** da una fonte autorevole
- La comunicazione deve essere integrata da un adeguato programma di **formazione** che renda esplicito il motivo del rispetto delle regole

Output → redazione del modello 231

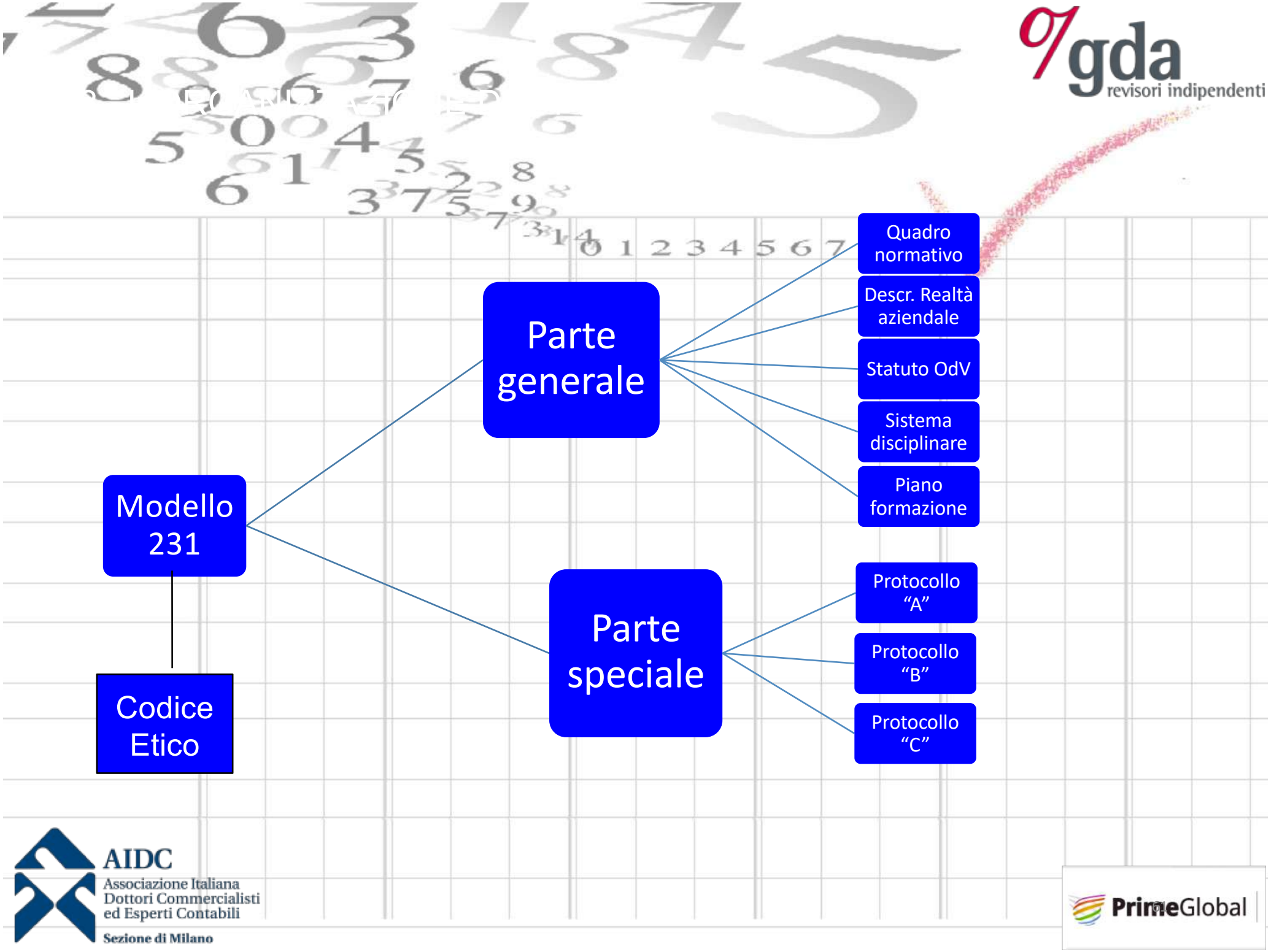
Codice Etico

Parte generale

Parte speciale

APPROVAZIONE IN CDA

DIFFUSIONE CAPILLARE


Modello 231
Codice Etico
Parte generale
Parte speciale
Quadro normativo
Descr. Realtà aziendale
Statuto OdV
Sistema disciplinare
Piano formazione
Protocollo "A"
Protocollo "B"
Protocollo "C"

Il Modello Organizzativo ed il Risk Mgm: (ERM)

Alcune nozioni preliminari su:

La valutazione dei Rischi aziendali
ed il sistema di Controllo interno

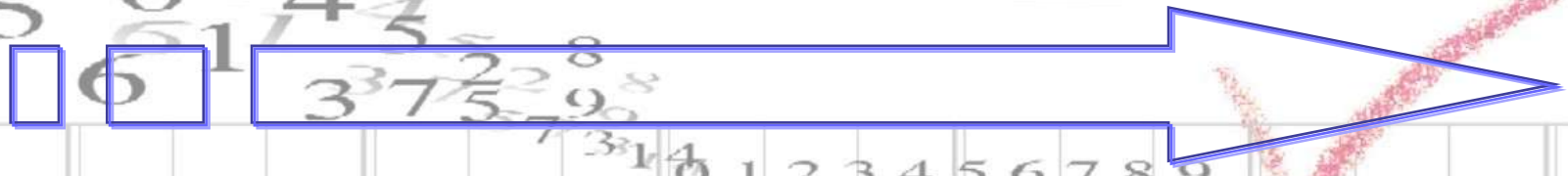
processo teso ad individuare e valutare i fattori che possono pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi e nella individuazione delle possibili azioni correttive

La gestione del rischio

processo di controllo, posto in essere dal management:

- per la formulazione delle **strategie** in tutta l'organizzazione;
- per individuare **eventi** potenziali che possono influire sull'attività aziendale;
- per **gestire il rischio entro i limiti** del rischio accettabile;
- per fornire una ragionevole sicurezza sul **conseguimento degli obiettivi aziendali.**

- ***Risk Management:***
- svolge il ruolo di «facilitatore» nella diffusione della metodologia ERM all'interno dell'impresa;
- identifica e valuta i rischi, supporta il *management* nella definizione del profilo di rischio complessivi in relazione agli obiettivi dell'impresa;
- gestisce integrazione tra ERM e pianificazione strategica ed operativa;
- gestisce il processo di monitoraggio delle azioni di mitigazione dei rischi.



Obiettivi → **Identificazione degli eventi (rischi)** → **Valutazione dei rischi** → **Action plan**

Definizione e declinazione degli obiettivi sui processi/ strutture

Identificazione degli eventi (rischi) che impattano negativamente sul raggiungimento degli obiettivi

Valutazione dei rischi in termini di Probabilità e Impatto (*severity*)

Identificazione e implementazione delle azioni per ricondurre i rischi al livello definito accettabile per la società (*risk tolerance*)

Vista la crescente importanza attribuita all'analisi dei rischi è stata avvertita la necessità di disporre di un valido ed efficiente modello di riferimento che consentisse alle aziende:

- l'elaborazione di principi generali di riferimento
- una terminologia comune
- un approccio pratico

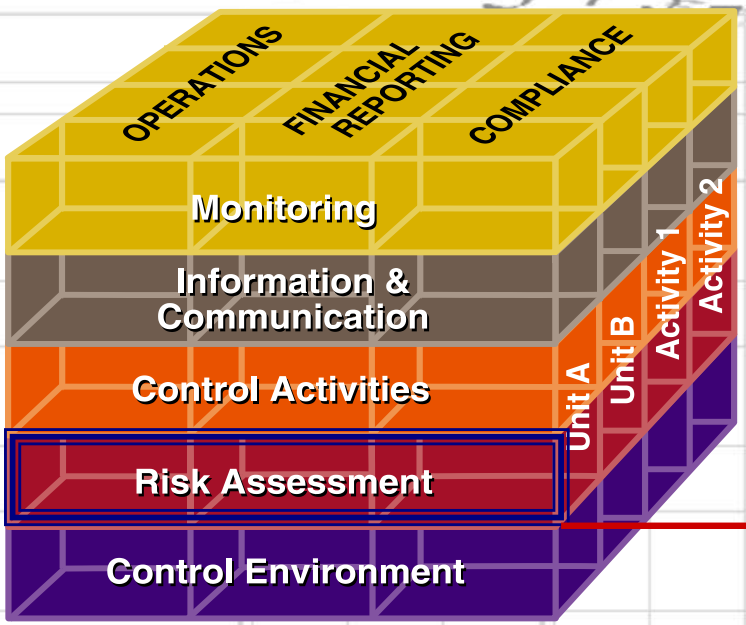
A tali fini è nato – nel 2004 –

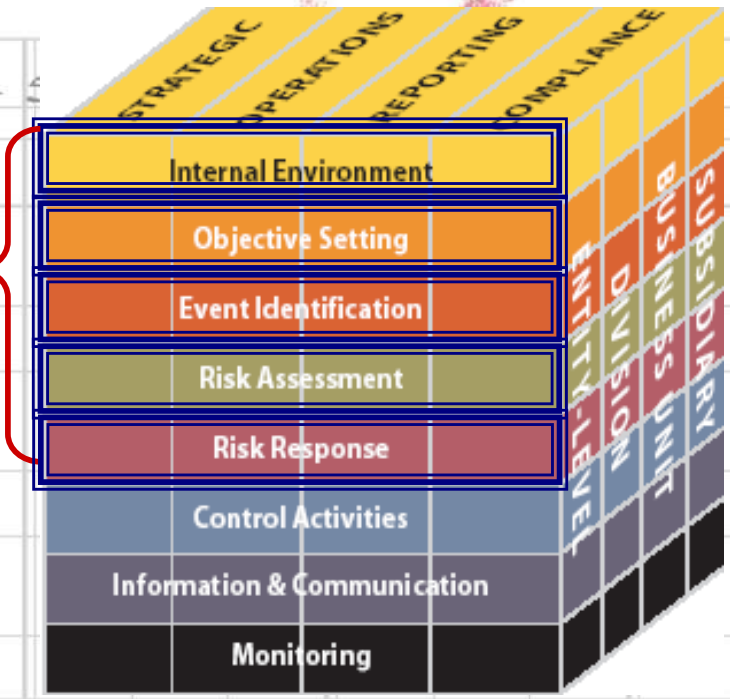
L'**ERM** (**E**nterprise **R**isk **M**anagement)

L'ERM è stato elaborato dal Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission che - nel 1992 - aveva già pubblicato il modello COSO Report I.

Il COSO Report nasceva dalla necessità di definire ed articolare in modo uniforme i controlli interni in organizzazioni tra loro differenti.

ll focus quindi è stato posto sull'ambiente di controllo.





COSO INTERNAL CONTROL INTEGRATED FRAMEWORK

COSO ENTERPRISE RISK MANAGEMENT INTEGRATED FRAMEWORK

1992

2004

AIDC
Associazione Italiana Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili
Sezione di Milano

L'ERM accresce la capacità di:

- allineare il livello di rischio accettabile alle strategie
- minimizzare il verificarsi di eventi con effetto sorpresa e ridurre i relativi costi/perdite a carico dell'azienda
- identificare e gestire le interrelazioni tra i rischi aziendali
- fornire risposte integrate a fronte di rischi multipli
- cogliere le opportunità
- migliorare la consapevolezza del bilanciamento tra rischi e controlli

Il sistema di controllo interno (SCI) è:

"Un processo svolto dal Consiglio di Amministrazione, dai dirigenti e da altri soggetti della struttura aziendale finalizzato a fornire una ragionevole sicurezza sul raggiungimento degli obiettivi rientranti nelle seguenti categorie:

- Efficacia ed efficienza delle attività operative
- Attendibilità delle informazioni finanziarie
- Conformità alle leggi e ai regolamenti in vigore

Le componenti dello SCI, oltre all'attività di controllo, sono:

- Ambiente di controllo
- Analisi e valutazione dei rischi
- Informazioni e Comunicazione
- Monitoraggio

I Componenti dell'ERM

Il riferimento metodologico al processo strategico e trasversale per la "gestione del rischio aziendale" sono il framework e le tecniche applicative dell'ERM.

Tale processo prevede, tra l'altro, l'analisi dei rischi potenziali, a prescindere da qualsiasi azione correttiva, e la loro misurazione qualitativa e quantitativa, in termini:

- di *probabilità* di accadimento
- di possibile *impatto*

al fine di stabilire i più opportuni interventi per allineare i rischi emersi con i livello di "rischio tollerato" e di "rischio accettabile"

I Componenti dell'ERM

APPROCCIO RISK BASED

IDENTIFICAZIONE E VALUTAZIONE PRELIMINARE DEGLI EVENTI CHE POTENZIALMENTE POSSONO PREGIUDICARE IL PERSEGUIMENTO DEGLI OBIETTIVI AZIENDALI (STRATEGICI, OPERATIVI, DI REPORTING, DI CONFORMITA')

Il concetto di Rischio e le relative attività di analisi costituiscono gli input necessari alla valutazione dei controlli

ll management normalmente impiega una combinazione di tecniche quantitative e qualitative per la valutazione e la classificazione dei rischi.

Per **quantificabili** intendiamo quei rischi di cui è possibile una misurazione sia ex ante che ex post

Per **non quantificabili** i rischi di cui non è possibile prevedere nè descrivere la quantità

La quantificazione di un rischio è il frutto della combinazione di due distinti fattori:

l'impatto e la probabilità

L'impatto

- per impatto si può intendere il grado di incidenza che il verificarsi di un evento negativo ha sul raggiungimento degli obiettivi (trascurabile, basso, medio, alto, molto alto)
- L'individuazione del livello di impatto è quindi relativa alle sole e dirette conseguenze che l'evento determina sul raggiungimento dell'obiettivo inerente il processo (o la sezione di processo) che si sta esaminando

La probabilità

- La probabilità è invece data dal valore che, dal punto di vista statistico, assume l'eventualità che l'evento si verifichi (raro, basso, medio, probabile, molto probabile).
- Tra i principali fattori di valutazione della probabilità possiamo citare:
  - la frequenza
  - il livello di decentralizzazione
  - il livello di manualità/automazione
  - il volume delle operazioni
  - la numerosità delle persone coinvolte


High
SEVERITY
Low
Medium Risk
High Risk
share
mitigate & control
Low Risk
Medium Risk
accept
control
PROBABILITY
High

Struttura, caratteristiche, obblighi e responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

Relatore: Raffaella Rospetti

Milano, 19 novembre 2018

AIDC
Associazione Italiana
Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili
Sezione di Milano

gda revisori indipendenti

PrimeGlobal

L’ Organismo di Vigilanza

D. 231, ART. 6: *“…l'ente non risponde se prova che:*
b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

ORGANISMO DI VIGILANZA

Composizione

Requisiti e poteri

Caratteristiche

→ (rinvio…)

AIDC
Associazione Italiana Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili
Sezione di Milano

Linee Guida Confindustria → separazione fra:

STATUTO

Elementi attinenti all'istituzione (parte integrante del MOG):

- composizione
- compiti
- requisiti professionali e morali dei componenti
- modalità di nomina e revoca, durata
- modalità di funzionamento
- poteri

REGOLAMENTO di FUNZIONAMENTO

Stesura e approvazione autonoma dell'OdV

- calendarizzazione delle attività
- verbalizzazione delle riunioni
- disciplina dei flussi informativi
- Determinazione delle cadenze temporali dei controlli
- individuazione dei criteri e delle procedure di analisi e progettazione piani di audit

L'istituzione del suddetto organo di controllo, unitamente a:

1. prova dell'introduzione di un efficace modello di organizzazione e gestione, atto a prevenire i reati della specie di quello verificatosi
2. prova dell'elusione fraudolenta del modello stesso
3. prova della vigilanza dell'organismo di controllo

consentirà all'ente di non rispondere per i reati commessi dai suoi dipendenti

- Monocratico o collegiale
- Previsione di nomina di componenti esterni: garanzia di maggiore indipendenza
- Caratteristiche:
  1. **Autonomia e indipendenza dai vertici dell'ente**
  2. **Professionalità (capacità e poteri)**
  3. **Continuità di azione**

I poteri dell'OdV

All'**OdV** sono attribuiti **poteri ispettivi e di controllo** volti alla verifica del funzionamento, dell'osservanza e dell'aggiornamento del Modello nel suo complesso

Per esercitare efficacemente le proprie funzioni all'OdV vengono inoltre riconosciuti:

Libero e pieno accesso a tutti i documenti e tutte le informazioni rilevanti per lo svolgimento dell'attività di controllo, senza necessità di alcun consenso preventivo

Risorse adeguate allo svolgimento delle sue attività

Le Responsabilità dell'OdV

- L'OdV non dispone di alcun potere operativo e nessun potere di impedire l´offesa al bene giuridico oggetto di tutela da parte della norma penale
- L´autonomia e l´indipendenza dell´organismo - d´altra parte - si fonda proprio su questa estraneità alla gestione (requisito la cui imprescindibilità è stata ribadita più volte dagli organi giudicanti) che fa dell´organismo di vigilanza un **mero controllore e non un "garante", in senso strettamente penalistico**.
- non ha: **poteri impeditivi**, **disciplinari, né direttamente modificativi del Modello**
- ha: poteri solo **propositivi**, **consultivi**, **istruttori** e di **impulso**.

Penale?

- nessuna responsabilità penale potrebbe altresì discendere in capo ai membri dell´organismo di vigilanza per omessa denuncia all´autorità giudiziaria in merito a fatti penalmente rilevanti dei quali sia venuto a conoscenza nell´ambito della propria attività di controllo, non potendo ai suoi membri essere attribuita la qualifica di pubblici ufficiali.
- Dubbi rilevanti sulla validità di tale interpretazione sono sorti però -non senza apparente ragione - in dottrina al momento dell'entrata in vigore dell´art. **52 d.lgs. 231/07** in materia di antiriciclaggio, che senza dubbio ha "appesantito" ed esteso l´ambito della funzione di controllo dell´organismo di vigilanza, venendo a prevedere in capo ai suoi membri obblighi di comunicazione (anche verso l´esterno) nella lotta contro il riciclaggio.

- obblighi di comunicazione - tra l´altro la cui violazione è penalmente sanzionata - è l'unica vera fattispecie penale prevista dalla legge in capo all'organismo di vigilanza
- Non può escludersi che proprio sulla base di tale norma - del tutto peculiare - possano prendere piede in futuro interpretazioni giudiziali tese ad "assimilare" la posizione dell´OdV a quella ad es. del collegio sindacale, in capo al quale sempre più fermamente si tende a riconoscere una vera e propria posizione di garanzia rilevante per l´imputazione di una responsabilità omissiva per mancato impedimento dell´evento.

L'attività dell'OdV

Componenti del sistema di controllo preventivo su cui si basa l'attività dell'ODV :

1. Codice etico
2. Sistema organizzativo formalizzato (organigramma, mansionario, principi di controllo)
3. Procedure manuali ed informatiche di controllo (separazioni mansioni e compiti, firme congiunte, deleghe, etc.)
4. Assegnazione dei poteri autorizzativi e di firma
5. Sistemi di controllo e di segnalazione di situazioni anomale
6. Comunicazione e formazione del personale

- **Verifica l'adeguatezza** del Modello ovvero la sua idoneità a prevenire il verificarsi di comportamenti illeciti
- **Verifica l'effettività** del Modello che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito
- **Verifica periodicamente l'efficacia del Modello**
  - sugli atti (es. verifica a campione sugli atti di maggiore rilevanza che coinvolgono processi e aree a rischio di commissione dei reati)
  - sulle procedure (verifica del loro effettivo funzionamento e del rispetto dei singoli step)

- Effettua **verifiche periodiche e straordinarie** per verificare la coerenza tra i comportamenti aziendali ed il Modello:
  1. Audit
  2. Note di autovalutazione
- Effettua i relativi **follow-up** ossia verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte

L’attività dell’OdV

L’ OdV propone, al CdA e alle funzioni aziendali eventualmente competenti, l’aggiornamento del Modello al fine di migliorarne l’adeguatezza e l’efficacia, da realizzarsi mediante le modifiche e/o le integrazioni che si dovessero rendere necessarie in conseguenza di:

1. significative violazioni delle prescrizioni del Modello organizzativo
2. significative modificazioni dell’assetto interno della Società e/o delle modalità di svolgimento delle attività d’impresa
3. modifiche normative
4. evoluzioni giurisprudenziali

Flussi dell'OdV

DALL'ODV

L'OdV riporta i risultati della propria attività:

- costantemente all'AD
- al CdA e al CS
- Relazioni Periodiche (es. semestrale) in relazione all'attività espletata
- Relazioni Straordinarie in ipotesi straordinarie

VERSO L'ODV

- Tutte le informative che presentino elementi rilevanti in relazione all'attività di vigilanza
- L'OdV esamina e valuta le informazioni e/o le segnalazioni ricevute dai singoli destinatari del Modello o dalle funzioni aziendali connesse al rispetto del Modello.

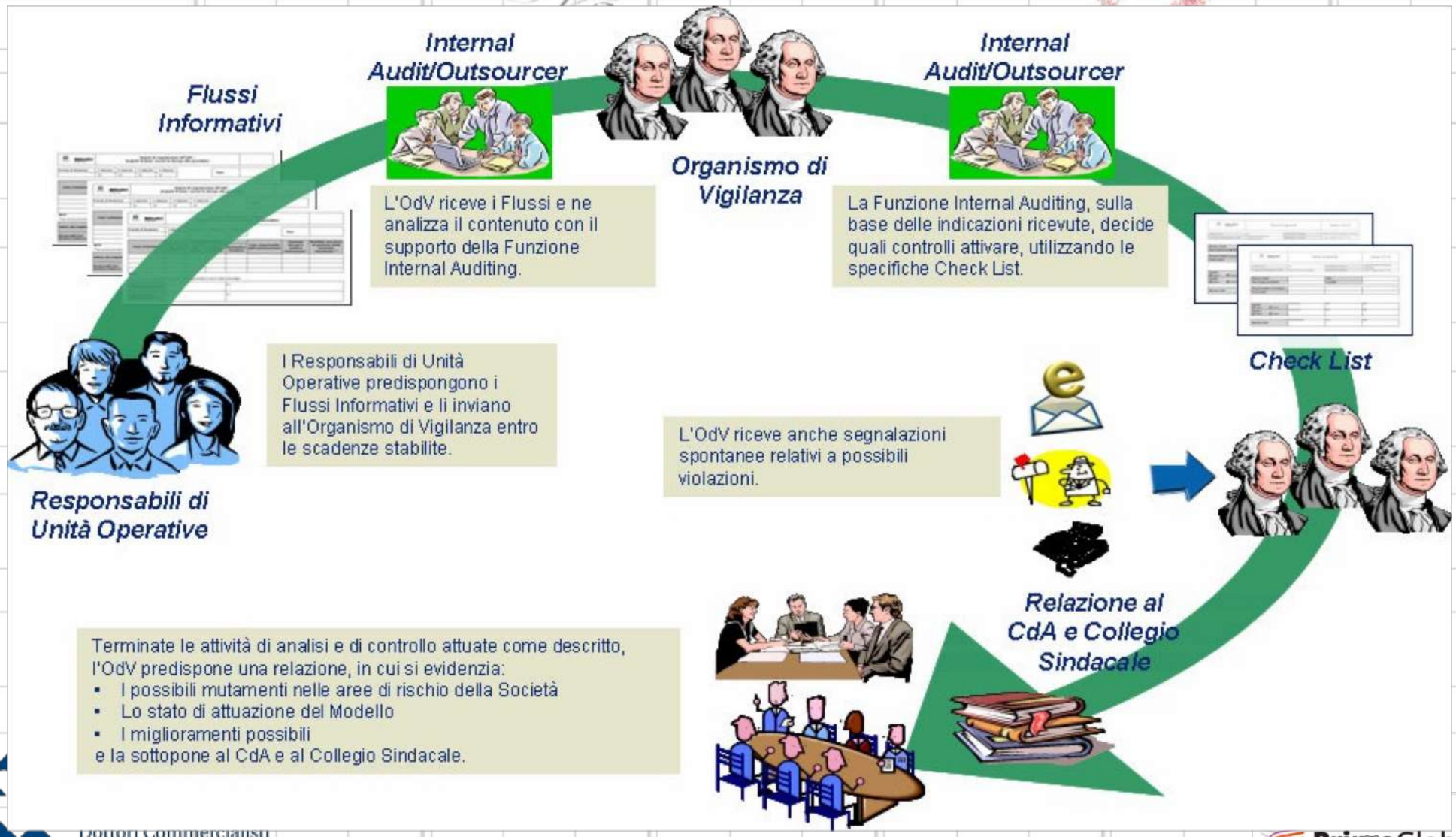
- Tutti i dipendenti che vengano a conoscenza di notizie relative a comportamenti non in linea con quanto previsto dal Modello di Organizzazione e dal Codice etico emanati dalla società, hanno l'**obbligo** di informare l'Organismo di Vigilanza.
- A tal fine predispone un indirizzo mail per facilitare le comunicazioni, garantendo l'anonimato → L. WHISTLEBLOWING

  (L. 179/2017 *"Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato")*

- introdotto il **divieto di rivelare l'identità del segnalante** nell'ambito di: (i) un procedimento penale fino alla chiusura delle indagini preliminari, (ii) dinanzi alla Corte dei Corti (fino alla chiusura della fase istruttoria) ovvero (iii) nell'ambito di un procedimento disciplinare, nel caso in cui la contestazione dell'addebito sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione.

  Fa eccezione la possibilità di utilizzare la segnalazione in presenza di consenso del segnalante, nel caso in cui, nell'ambito di un procedimento disciplinare, la contestazione risulti fondata - in tutto o in parte - sulla segnalazione e l'identità del *"whistleblower"* sia indispensabile per esercitare il diritto di difesa.

Monitoraggio: *attori e responsabilità*



L'interazione con l'organizzazione

Organismo di Vigilanza	Responsabili di processo e, in generale, tutto il personale
Vigilanza sull'effettiva adeguatezza e applicazione del Modello 231 e suo periodico aggiornamento	Controllo delle attività operative e monitoraggio del rispetto delle procedure Segnalazione vs OdV eventi a rischio reato 231 e in generale qualsiasi violazione del Modello 231 Flussi informativi e documentali standardizzati e scadenziati vs OdV

GRAZIE
PER L'ATTENZIONE