assonime

Associazione fra le società italiane per azioni

10/2021

Note e Studi

L'Organismo di Vigilanza nella prassi delle imprese a vent'anni dal d.lgs. 231/2001

ASSONIME - Riproduzione riservata

INDICE

EXECUTIVE SUMMARY p. 3

Introduzione p. 8

1. Metodologia e campione dell'indagine p.11

2. Informazioni generali sul Modello Organizzativo p.18

2.1 Attuazione del Modello Organizzativo p.20

2.2 Disclosure sull'adeguamento alla disciplina 231 p.21

2.3 Aggiornamento del Modello Organizzativo p.22

3. L'Organismo di vigilanza p.24

3.1 Nomina e composizione dell'Organismo p.24

3.2 I requisiti dell'OdV: autonomia, indipendenza, professionalità, continuità d'azione p.34

3.3 Compiti e funzioni dell'Organismo p.46

3.4 L'OdV nei gruppi di impresa p.55

3.5 Whistleblowing p.57

ASSONIME - Riproduzione riservata

EXECUTIVE SUMMARY

A vent'anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 231/2001, nell'ambito di un ampio progetto di ricerca promosso dalla Fondazione Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (CNPDS)[1], Assonime ha condotto un'indagine sullo stato di attuazione della disciplina, con specifico riguardo all'Organismo di vigilanza (di seguito abbreviato anche con OdV) e al ruolo da questo assunto nel sistema dei controlli societari.

L'indagine Assonime è stata condotta sulle società emittenti titoli quotati sul mercato regolamentato di Borsa Italiana. Si tratta di imprese di dimensioni medio-grandi, articolate in organizzazioni di gruppo, che operano in settori eterogenei, sensibili al profilo reputazionale e che investono in sistemi di compliance e controllo avanzati, allineati alle migliori prassi nazionali e internazionali. Questo campione rappresenta il destinatario fisiologico delle finalità di prevenzione della disciplina 231 e delle specificità dei modelli di organizzazione previsti dalla disciplina.

Il 98% delle società del campione ha adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal decreto 231/2001 e ha provveduto alla nomina dell'Organismo di vigilanza, quale presidio di controllo per l'attuazione della funzione preventiva del modello stesso e condizione necessaria per l'esonero da responsabilità.

L'analisi svolta delinea un quadro omogeneo in cui le scelte organizzative delle imprese appaiono sostanzialmente allineate e sembrano rispondere alle principali questioni interpretative sorte nell'applicazione della disciplina (nomina e composizione ottimale dell'organismo; compiti e funzioni; responsabilità in cui incorre nell'esercizio dei suoi poteri).

[1] Il progetto di ricerca, coordinato dal Prof. F. Centonze e dal Prof. S. Manacorda, è volto a raccogliere dati sull'effettività, l'efficacia e l'applicazione pratica della disciplina 231, nonché sulla diffusione e l'implementazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo all'interno delle imprese. Oltre ad Assonime il progetto coinvolge il Ministero della Giustizia, che cura la raccolta dei dati giurisprudenziali, e Confindustria, che ha avviato una *survey* sull'attuazione del sistema 231 nelle realtà aziendali, nell'ambito di un Dottorato industriale finanziato da parte di TIM S.p.A con l'Università della Tuscia. I primi dati raccolti dai diversi partecipanti al progetto sono stati presentati il 1° luglio 2021 in occasione del convegno *"Vent'anni del decreto 231. Bilancio e prospettive alla luce di recenti analisi empiriche"*, organizzato dal CNPDS. I risultati delle diverse indagini saranno pubblicati su un sito web curato dalla Fondazione e costituiranno un'importante fonte da cui partire per l'elaborazione di eventuali proposte di riforma.

ASSONIME - Riproduzione riservata

Accanto alle prassi delle imprese, l'indagine si sofferma sui principi più significativi affermati dalla recente giurisprudenza, dai quali l'Organismo di vigilanza emerge come elemento essenziale del sistema dei controlli, che contribuisce con gli altri attori a garantire l'attuazione e l'osservanza delle regole di corretta amministrazione e alla diffusione della cultura della legalità imprenditoriale.

Scopo dell'indagine è quello di comprendere come sia stata applicata nei venti anni di vigenza la disciplina 231/01, che ha visto allungare l'elenco dei reati presupposto e una sola modifica all'impianto iniziale, che ha riguardato proprio il tema dei controlli, con l'opzione per le società di affidare la funzione dell'organismo di vigilanza al collegio sindacale. Emerge da questa analisi il valore di prassi e giurisprudenza come diritto vivente, in una materia, quale quella della responsabilità amministrativa dell'ente, che non necessita di rigidi parametri normativi, ma che, per essere efficace, deve essere adattata alla realtà della singola impresa. In quest'ottica, le buone prassi rappresentano anche un punto di riferimento utile qualificato per le imprese, i giudici e tutti gli operatori che si confrontano con la disciplina 231 in una visione più matura delle cautele organizzative in funzione di prevenzione dei reati[2] .

Il rilievo assunto dalla giurisprudenza come fonte del diritto, che integra e innova quando necessario il precetto normativo[3], consente infine di aprire una stagione di dialogo e confronto tra il giudice e l'impresa, al fine di migliorare il raccordo tra la funzione organizzativo-preventiva della disciplina e l'imputazione della responsabilità dell'ente per colpa di organizzazione.

***

[2] Per una proposta in tal senso v. già ASSONIME, *Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*, Note e studi n. 5 del 2019.

[3] Sebbene non costituisca oggetto del presente documento, si segnala in questa chiave di lettura, una recente pronuncia del Tribunale di Modena, che con l'ordinanza del 19 ottobre 2020 ha ritenuto applicabile all'ente – pur in assenza di una disposizione normativa – l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, previsto per le persone fisiche dagli articoli 168 bis e 464 bis del Codice penale. Successivamente, all'esito positivo della prova – che tra le altre cose prevedeva la revisione del modello organizzativo adottato – il Tribunale ha emesso sentenza di non luogo a procedere in favore dell'ente. Con l'ordinanza del 15 dicembre 2020 lo stesso Tribunale è tornato sull'argomento ribadendo la possibile applicazione dell'istituto, ma rigettando l'istanza nel caso di specie perché l'ente non si era dotato dall'inizio di un modello organizzativo, requisito necessario per l'ammissione alla prova.

ASSONIME - Riproduzione riservata

L'indagine si concentra su cinque profili relativi alla figura dell'Organismo di vigilanza: (i) nomina e composizione; (ii) requisiti, revoca, ineleggibilità e decadenza (iii) compiti e funzioni; (iv) rapporto tra gli OdV nei gruppi d'impresa; (v) whistleblowing e se ne riassumono di seguito le principali evidenze.

1. Nomina e composizione dell'Organismo

L'analisi dei dati rileva che la nomina dell'OdV e la scelta della sua composizione configurano un atto organizzativo rimesso alla discrezionalità del consiglio di amministrazione. Quasi sempre la nomina è, infatti, attribuita all'organo di gestione. Solo in due casi essa è stata rimessa alla competenza assembleare. In questi casi, peraltro, l'OdV coincide con il collegio sindacale e la scelta della riserva assembleare è funzionale a garantire il massimo grado di autonomia dell'organismo dall'organo dirigente.

Il controllo sul modello 231 è affidato a un OdV a composizione prevalentemente collegiale; con un numero di tre membri; sia interni sia esterni, tra cui un responsabile di funzione aziendale; con un presidente nominato prevalentemente tra gli esterni. Poche società hanno optato per l'attribuzione della funzione dell'OdV al collegio sindacale.

La composizione dell'organismo che emerge dalla prassi riflette l'evoluzione nel tempo sia della giurisprudenza sia dell'autodisciplina. Spetta agli amministratori dare all'OdV la fisionomia più adatta all'impresa, sulla base dell'organizzazione, dimensione, tipo di attività esercitata, specifici profili di rischio, purché sia sempre assicurato un adeguato coordinamento dell'OdV nel sistema dei controlli societari.

2. Requisiti, revoca, ineleggibilità e decadenza

Le società assicurano che l'OdV soddisfi i requisiti necessari per lo svolgimento dell'incarico – individuati dalla giurisprudenza e dalle linee guida di categoria in autonomia, indipendenza, professionalità, continuità d'azione – oltre che con una ponderata composizione anche attraverso alcuni strumenti ricorrenti, tra cui in particolare: la previsione di specifiche cause di ineleggibilità e decadenza; l'adozione di un regolamento dell'OdV; la previsione di autonomia finanziaria attraverso la predisposizione di un budget; la predeterminazione delle ipotesi di giusta causa di revoca.

La revoca dell'incarico può rappresentare un importante strumento di *enforcement* per assicurare il corretto adempimento dei compiti che la legge attribuisce all'organismo,

ASSONIME - Riproduzione riservata

anche alla luce del dibattito sull'incerta responsabilità dello stesso. Dottrina e giurisprudenza prevalente non riconoscono, infatti, una responsabilità penale dei membri dell'OdV per omesso impedimento di reati 231, non essendo ad essi riconosciuti dalla legge poteri impeditivi dell'evento. Sul piano della responsabilità civile si riconosce in astratto una responsabilità dell'organismo per inosservanza dei doveri propri, pur non essendo rinvenibili in giurisprudenza specifiche sentenze di condanna. In questa prospettiva, lo strumento della revoca può costituire una risposta efficace per ripristinare l'efficienza dei presidi organizzativi e l'equilibrio nel quadro delle responsabilità.

3. Compiti e funzioni

In linea con le indicazioni della giurisprudenza, le società del campione ritengono che l'attività dell'OdV debba essere effettiva e non cartolare. A tal fine la maggior parte delle società garantisce libero accesso alla documentazione rilevante ai fini 231 e attribuisce centrale rilevanza ai flussi informativi dall'OdV agli organi sociali e verso l'OdV dalle funzioni aziendali, in linea con le previsioni del Codice di Corporate Governance. Nella maggior parte dei casi, inoltre, l'OdV predispone un piano annuale di vigilanza nel quale sono pianificate interviste e ispezioni. L'attività dell'organismo è quasi sempre verbalizzata e tracciabile.

L'oggetto dei flussi dalle funzioni aziendali e la conseguente attività di vigilanza svolta dall'organismo riguarda prevalentemente sia il complesso di informazioni e documenti che possono avere rilevanza ai fini 231, valutati in autonomia dall'organismo, sia i report che sintetizzano l'esito di controlli svolti sulle attività a rischio reati, per le proprie competenze, dalle funzioni interne. Questo dato – unitamente alla frequente previsione di incontri dell'OdV con il collegio sindacale e/o con comitati endoconsiliari; all'articolazione di linee di reporting rivolte in larga misura sia al consiglio di amministrazione, sia al collegio sindacale – denota nelle società del campione un effettivo coordinamento tra i diversi attori del sistema dei controlli societari**,** all'interno del quale l'OdV si colloca come un organismo autonomo che svolge un ruolo di supporto all'organo di gestione nell'assicurare che vi siano assetti organizzativi adeguati a prevenire i reati, all'organo di controllo nel vigilare sull'adeguatezza degli assetti, e alle funzioni aziendali in una logica di gestione integrata dei rischi di impresa.

Una *best practice* rilevata dall'indagine è quella seguita da alcune società che adottano strumenti digitali a supporto dell'attività dell'OdV (software gestione dati e flussi, piattaforme). Questi sistemi favoriscono l'interazione tra soggetti deputati al controllo e un'informativa costantemente aggiornata, tracciabile e trasparente.

ASSONIME - Riproduzione riservata

4. L'OdV nei gruppi d'impresa

Nelle società che fanno parte di un gruppo il coordinamento delle attività di controllo tra OdV del gruppo, organi e funzioni rimane una criticità. Sulla base delle informazioni disponibili, tuttavia emerge comunque dall'indagine un sufficiente livello di adeguamento nella prassi alle regole sull' OdV, dal momento che sono quasi sempre istituiti organismi autonomi e non coincidenti con l'OdV della capogruppo.

È inoltre diffusa la prassi di adottare Linee Guida di gruppo e di prevedere scambi informativi e incontri periodici tra gli OdV delle società del gruppo. Non è chiaro, tuttavia, alle imprese quale debba essere il ruolo e il livello di coordinamento che la capogruppo dovrebbe operare per garantire un'efficiente attuazione della disciplina 231 nell'ambito del gruppo, senza incorrere in improprie risalite della responsabilità.

5. Whistleblowing

Molte società nell'attuare la normativa sul whistleblowing hanno affidato all'OdV il compito di gestire le segnalazioni che rientrano nel perimetro della normativa sul whistleblowing mediante un canale dedicato che garantisca la tutela al whistleblower.

Dall'indagine emerge, tuttavia, che molte società ritengono di essere *compliant* alla disciplina whistleblowing per il solo fatto di aver istituito un canale apposito per dare notizia di eventuali violazioni del modello organizzativo 231. I due ambiti andrebbero, invece, tenuti distinti posto che non tutte le segnalazioni che vengono effettuate all'OdV sono da considerare rilevanti ai fini del whistleblowing. Rappresenta una buona prassi quella adottata da alcune società che prevedono un diverso trattamento e distinguono i canali di segnalazione.

ASSONIME - Riproduzione riservata

Introduzione

Nei vent'anni di attuazione della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, introdotta dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'organizzazione in funzione della prevenzione e gestione del rischio di reato è diventata parte integrante delle strategie e della *governance* delle imprese di medio-grandi dimensioni.

È matura oggi la consapevolezza che il modello organizzativo – finalizzato all'esonero di responsabilità dell'impresa – costituisce un elemento centrale e qualificato del sistema di controllo interno e del più generale sistema di gestione dei rischi della grande impresa. L'Organismo di vigilanza, quale funzione deputata al controllo sul modello, è elemento imprescindibile per garantire efficace attuazione alle scelte organizzative in funzione di prevenzione dei reati. La *compliance* alla disciplina 231 rappresenta, dunque, una declinazione del generale parametro di adeguatezza organizzativa, assunto dalla riforma del diritto societario del 2003 come canone della corretta amministrazione e criterio di valutazione delle responsabilità degli organi sociali[4].

A queste conclusioni si è giunti attraverso l'esperienza maturata negli anni dalle imprese e con l'evoluzione giurisprudenziale più recente. La legge offre, infatti, poche indicazioni sul contenuto dei modelli, nonché sui requisiti e le funzioni dell'Organismo di vigilanza, in linea con la stessa filosofia del decreto, volta ad attribuire all'autoregolamentazione un ruolo centrale nell'attuazione della funzione penal-preventiva, e con il principio di *accountability* che lascia alle imprese discrezionalità nelle scelte, ma ne rafforza la responsabilità se queste non sono adeguate.

In particolare, con riguardo all'Organismo di vigilanza la legge si limita a stabilire che si tratti di un "organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo", al quale affidare il compito di vigilare adeguatamente sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo, nonché quello di curarne l'aggiornamento. Anche la giurisprudenza nei primi anni di applicazione del decreto non è stata di particolare

[4] In questo senso v., per tutti, N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *AGE,* 2009, 193, il quale segnala come il decreto legislativo 231 abbia assecondato "quella più generale evoluzione da una visione prevalentemente atomistica del controllo, che affidava a funzioni specialistiche forme di intervento meramente re-attivo a una concezione a più ampio spettro del governo dei rischi in termini anticipatori e pro-attivi, diretti all'identificazione degli stessi prima della loro manifestazione e all'assunzione di scelte aziendali che portino ad accettare l'esposizione a rischi governabili, piuttosto che a ridurre i rischi stessi".

ASSONIME - Riproduzione riservata

ausilio su questo aspetto, avendo quasi sempre rivolto l'attenzione all'idoneità dei modelli piuttosto che al ruolo di controllo svolto dall'OdV[5].

La figura dell'Organismo di vigilanza si è così formata nella prassi delle imprese, in assenza di una norma che raccordasse le sue funzioni con l'organizzazione societaria. Soltanto nel 2011 è stata introdotta la facoltà – da valutare in base alle caratteristiche dell'impresa – di affidare le funzioni dell'organismo all'organo di controllo della società[6]. Da questo momento, alcune importanti pronunce della Corte di Cassazione hanno iniziato a riconoscere la centralità dell'OdV nel sistema dei controlli societari[7], fornendo altresì importanti indicazioni su composizione, compiti e funzioni, sebbene non sempre coincidenti con la prassi.

Prassi e giurisprudenza rappresentano oggi il diritto vivente in materia 231, canone ermeneutico di una disciplina da attuare in concreto, tenendo conto della dimensione e del profilo di rischio di ciascuna impresa, senza che siano necessari interventi normativi correttivi che incidano sull'autonomia delle scelte organizzative delle imprese[8].

Per queste ragioni Assonime – nell'ambito di un più ampio progetto di ricerca promosso dalla Fondazione Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (CNPDS)[9] – ha condotto una seconda indagine[10] sullo stato di attuazione della

[5] Nella prima giurisprudenza sono poche le sentenze che offrono alcune indicazioni sulle caratteristiche dell'OdV e sulle sue funzioni. Tra queste, in particolare, si ricordano Trib. Milano, 20 settembre 2004; Trib. Napoli, 26 giungo 2007; Trib. Milano, 21 marzo 2012 e, Corte d'Assise d'Appello Torino, 28 febbraio 2013.

[6] Articolo 14, comma 12 della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di Stabilità per il 2012), entrata in vigore il 1° gennaio 2012.

[7] V. in particolare Cass. Civ., 12 luglio 2019, n. 18770 e, conformemente, Cass. civ. 5 settembre 2018, n. 21662 e Cass. civ. 29 dicembre 2017, n. 31204.

[8] Diverse considerazioni valgono per l'aspetto premiale della disciplina che in questi venti anni di applicazione del decreto ha scarsamente funzionato e sui quali Assonime ha in altra sede formulato alcune proposte di modifica. Sul punto si rinvia a ASSONIME, *Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*, Note e studi n. 5 del 2019.

[9] Il progetto di ricerca, coordinato dal Prof. F. Centonze e dal Prof. S. Manacorda, è volto a raccogliere dati sull'effettività, l'efficacia e l'applicazione pratica della disciplina 231, nonché sulla diffusione e

ASSONIME - Riproduzione riservata

disciplina, concentrandosi in particolare sui profili relativi alla figura dell'Organismo di vigilanza.

Scopo dell'indagine è quello di promuovere il valore della prevenzione e dell'autorganizzazione ricostruendo le principali soluzioni applicative seguite da un campione significativo di società di medio-grande dimensione, rappresentato da tutte le 226 società emittenti titoli quotati sul mercato gestito da Borsa Italiana.

L'analisi mira altresì a verificare il grado di compliance delle società quotate alla disciplina e a comprendere come queste abbiano interpretato il ruolo dell'Organismo di vigilanza all'interno del sistema dei controlli societari, tenendo conto anche delle più recenti linee evolutive della giurisprudenza e dell'autodisciplina[11].

---

l'implementazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo all'interno delle imprese. Oltre ad Assonime il progetto coinvolge il Ministero della Giustizia, che cura la raccolta dei dati giurisprudenziali, e Confindustria, che ha avviato una *survey* sull'attuazione del sistema 231 nelle realtà aziendali, nell'ambito di un Dottorato industriale finanziato da parte di TIM S.p.A con l'Università della Tuscia. I primi dati raccolti dai diversi partecipanti al progetto sono stati presentati il 1° luglio 2021 in occasione del convegno *"Vent'anni del decreto 231. Bilancio e prospettive alla luce di recenti analisi empiriche"*, organizzato dal CNPDS. I risultati delle diverse indagini saranno pubblicati su un sito web curato dalla Fondazione e costituiranno un'importante fonte da cui partire per l'elaborazione di eventuali proposte di riforma.

[10] Una prima indagine sull'attuazione della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti è stata condotta da Assonime nel 2008, a pochi anni dall'entrata in vigore del decreto. Essa presentava un contenuto più ampio di quella attuale. I profili esaminati avevano ad oggetto, in particolare: i) la mappatura dei rischi di reato; ii) l'adozione, l'implementazione e l'aggiornamento del modello organizzativo; iii) la composizione e funzione dell'OdV; iv) il funzionamento del sistema della responsabilità 231 all'interno dei gruppi societari; v) la formazione del personale; vi) il sistema disciplinare; vii) i costi sostenuti dalle imprese per la compliance. Anche il campione di riferimento era diverso: 300 società, tra quotate e non quotate sul mercato azionario. I risultati evidenziavano come, già allora, vi fosse tra le imprese forte sensibilità e interesse per il tema della prevenzione dei reati, con un elevato livello di adeguamento delle società di media e grande dimensione alle prescrizioni della disciplina.

[11] In particolare, il documento in esame presenta alcuni cenni alla nuova versione del Codice di *Corporate Governance* approvato nel gennaio 2020. Il Codice – in funzione della promozione del buon governo societario delle società quotate italiane – dedica alcune importanti raccomandazioni in relazione alla composizione dell'Organismo di vigilanza e al suo coordinamento con gli altri organi e funzioni del sistema dei controlli societari. Sebbene la nuova versione sia destinata ad essere applicata dalle società che vi

ASSONIME - Riproduzione riservata

1. Metodologia e campione dell'indagine

L'indagine è stata condotta su un campione di 226 società emittenti titoli quotati sul mercato regolamentato gestito da Borsa Italiana, mediante l'analisi delle informazioni fornite dalle stesse società e rese pubbliche tramite le seguenti fonti:

- relazione sul governo societario e sugli assetti proprietari ex articolo 123 bis del Testo unico della Finanza, pubblicata nel 2021 e relativa all'esercizio 2020;
- modello organizzativo 231 e Regolamento dell'OdV, quando disponibili sul sito internet della società;
- dichiarazione sulle informazioni non finanziarie, pubblicata nel 2021 e relativa all'esercizio 2020;
- altri documenti societari (es. relazione sulla remunerazione; verbali assembleari, ecc.)

Alcune società hanno, inoltre, partecipato attivamente all'indagine attraverso la compilazione di un questionario e/o con interviste dirette sui profili più rilevanti dell'attuazione delle prescrizioni in tema di Organismo di vigilanza.

Le criticità riscontrate nella raccolta dei dati

L'esigenza di esaminare più fonti sull'adeguamento delle imprese alla disciplina 231 deriva dalla eterogeneità delle informazioni riscontrate nei diversi documenti.

Non tutte le società, infatti, pubblicano il modello organizzativo e le informazioni sulla composizione dell'Organismo di vigilanza sul proprio sito istituzionale.

Anche le informazioni rese dagli emittenti sulla base del format predisposto da Borsa Italiana per assicurare un adeguato livello di informativa al mercato sulle pratiche da documentare nella relazione sul governo societario e gli assetti proprietari sono spesso limitate.

Secondo quanto indicato da tale format le imprese dovrebbero dichiarare:

i) l'eventuale adozione del modello da parte della società capogruppo e delle società

aderiscono a partire dal primo esercizio successivo al 31 dicembre 2020, molte imprese, con riguardo alla figura dell'Organismo di vigilanza risultano già allineate ai principi in esso contenuti.

ASSONIME - Riproduzione riservata

con rilevanza strategica;

ii) l'illustrazione sintetica di alcuni elementi del modello (es. tipologia dei reati che il modello mira a prevenire);

iii) la composizione dell'OdV e dell'eventuale scelta di attribuire le funzioni al collegio sindacale;

iv) la pagina web su cui reperire il modello organizzativo, se pubblicato.

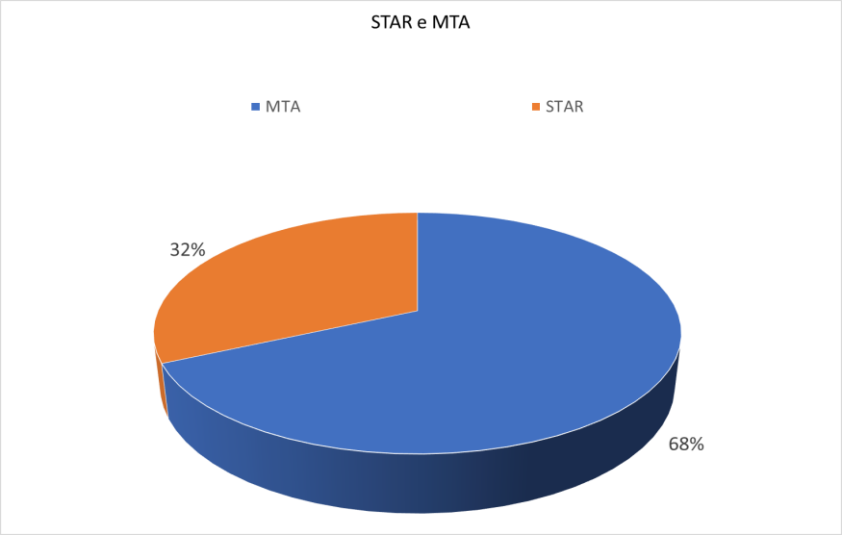
La prassi informativa che ne emerge varia da società a società: alcune rispondono in modo estremamente sintetico, altre rispondono in modo puntuale a tutte le indicazioni, altre ancora offrono indicazioni aggiuntive (quali ad esempio il numero e l'oggetto delle riunioni svolte dall'OdV; i flussi informativi attivati nel corso dell'esercizio, ecc.), ma non comparabili con le altre.

Con particolare riguardo alle informazioni relative all'Organismo di vigilanza, un effetto positivo per la raccolta dei dati potrebbe derivare dalla previsione del nuovo Codice di Corporate Governance nella parte in cui prevede espressamente che le scelte in merito a composizione e coordinamento dell'OdV dovranno essere adeguatamente illustrate nella relazione sul Governo societario, trattandosi di informazione essenziale per assicurare una migliore trasparenza sulle informazioni da dare al mercato sulla compliance alla 231 (v. Q&A n. 33).

È da auspicare dunque, che il nuovo format di Borsa Italiana possa contribuire a una più efficiente comparabilità dei dati.

Il campione esaminato risulta caratterizzato come segue:

a) quotazione sul mercato di Borsa italiana (MTA e STAR)

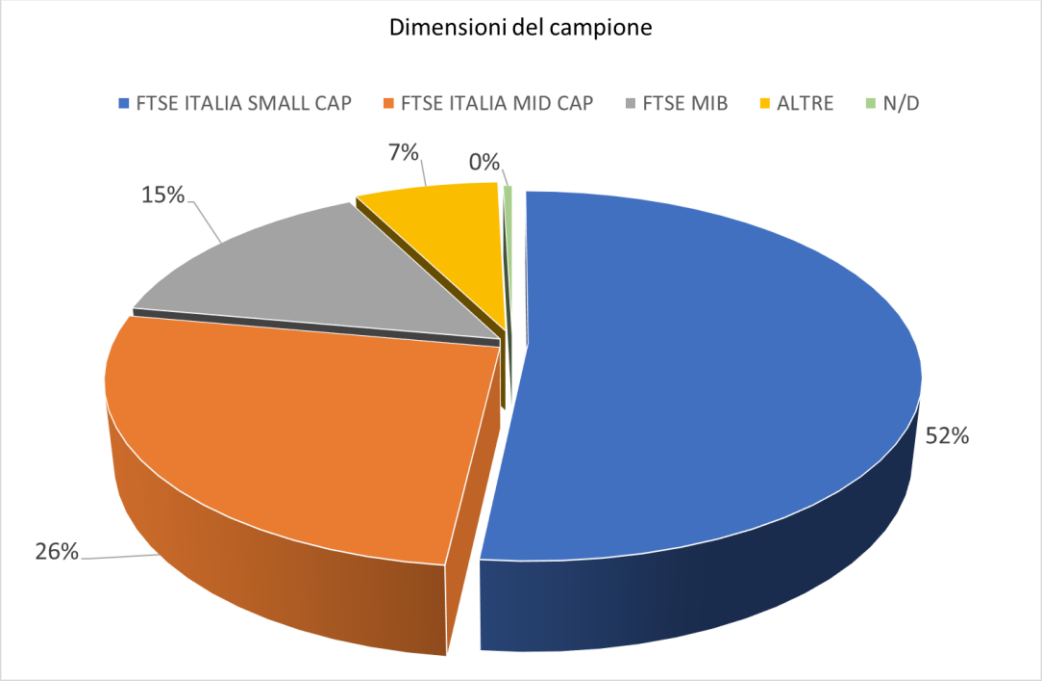


ASSONIME - Riproduzione riservata

Il segmento STAR (Segmento titoli con alti requisiti) è il segmento del mercato telematico azionario, dedicato alle società con un livello di capitalizzazione compreso tra 40 milioni e 1 bilione di euro che, su base volontaria, si impegnano a rispettare requisiti più stringenti in termini di trasparenza informativa, liquidità e governo societario.

Secondo quanto previsto dal Regolamento Mercati[12], per accedere a questo segmento qualificato le società, tra gli altri requisiti, devono aver obbligatoriamente adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal decreto legislativo 231/2001.

b) dimensioni dell'impresa



Il campione è composto per la maggior parte (52%) da imprese con una capitalizzazione di mercato compresa tra 463 e 2 milioni di euro. Seguono le imprese con una capitalizzazione media di circa 1,5 miliardi di euro[13] (26%). Il 15% è rappresentato dalle imprese di maggiori dimensioni con una capitalizzazione media di

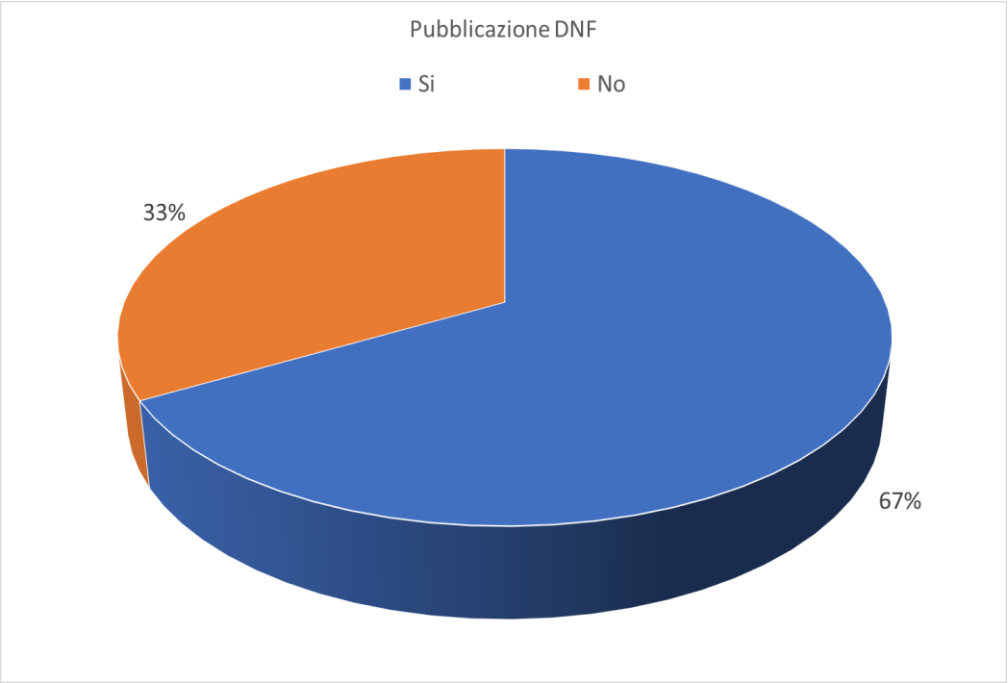
[12] V. articolo 2.2.3, co. 3, lett. l) del Regolamento Mercati adottato con delibera Consob n. 20249 del 28 dicembre 2017 e successive modifiche.

[13] Con alcune significative variazioni da un massimo di oltre sei miliardi e poco meno di 400 milioni di euro

ASSONIME - Riproduzione riservata

oltre 11 miliardi di euro. Nella categoria "altre" (7%) rientrano varie realtà, quali ad esempio le imprese in fase di delisting o sospese.

Un ulteriore dato utile a comprendere la dimensione del campione è, inoltre, quello relativo alle imprese che hanno pubblicato nel 2021 la dichiarazione non finanziaria relativa all'esercizio 2020.



Il decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254, in attuazione della direttiva europea 2014/95/UE, ha introdotto l'obbligo per le imprese qualificate come enti di interesse pubblico[14] (tra cui rientrano le società quotate) di redigere per ogni esercizio una dichiarazione non finanziaria al raggiungimento di alcune soglie dimensionali[15]. In

[14] Ai sensi dell'articolo 16, comma 1 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.

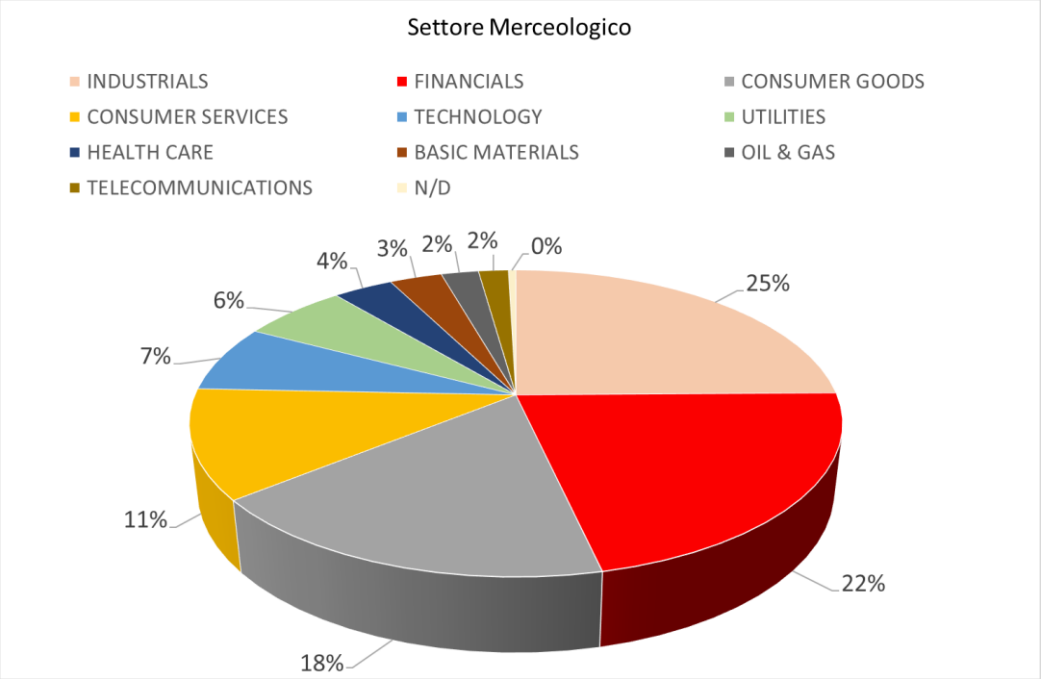
[15] L'oggetto della dichiarazione non finanziaria riguarda temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione, nei limiti in cui questi siano stati rilevanti in relazione alle attività svolte e alle caratteristiche dell'impresa. Il decreto prescrive un contenuto minimo della dichiarazione richiedendo che sia data evidenza: i) del modello aziendale di gestione ed organizzazione delle attività dell'impresa (inclusi i modelli di organizzazione e di gestione eventualmente adottati ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231); ii) delle politiche praticate dall'impresa, comprese quelle di dovuta diligenza, i risultati conseguiti tramite di esse ed i relativi indicatori fondamentali di prestazione di carattere non finanziario; iii) dei principali rischi, generati o subiti, connessi ai temi indicati e che derivano dalle attività dell'impresa, dai suoi prodotti, servizi o rapporti commerciali, incluse, ove

ASSONIME - Riproduzione riservata

particolare, sono tenute a tale obbligo le società quotate che abbiano avuto, in media, durante l'esercizio: i) un numero di dipendenti superiore a cinquecento e ii) alla data di chiusura del bilancio, abbiano avuto un totale dello stato patrimoniale superiore a venti milioni di euro o, alternativamente iii) un totale dei ricavi netti delle vendite e delle prestazioni superiore a quaranta milioni di euro.

Delle società del campione, nell'esercizio 2020 hanno superato la soglia dimensionale prescritta dal decreto e pubblicato la dichiarazione non finanziaria 148 società. A queste si aggiungono 3 società che, pur non rientrando nell'ambito di applicazione della disciplina, hanno pubblicato la dichiarazione stessa su base volontaria.

c) settore merceologico

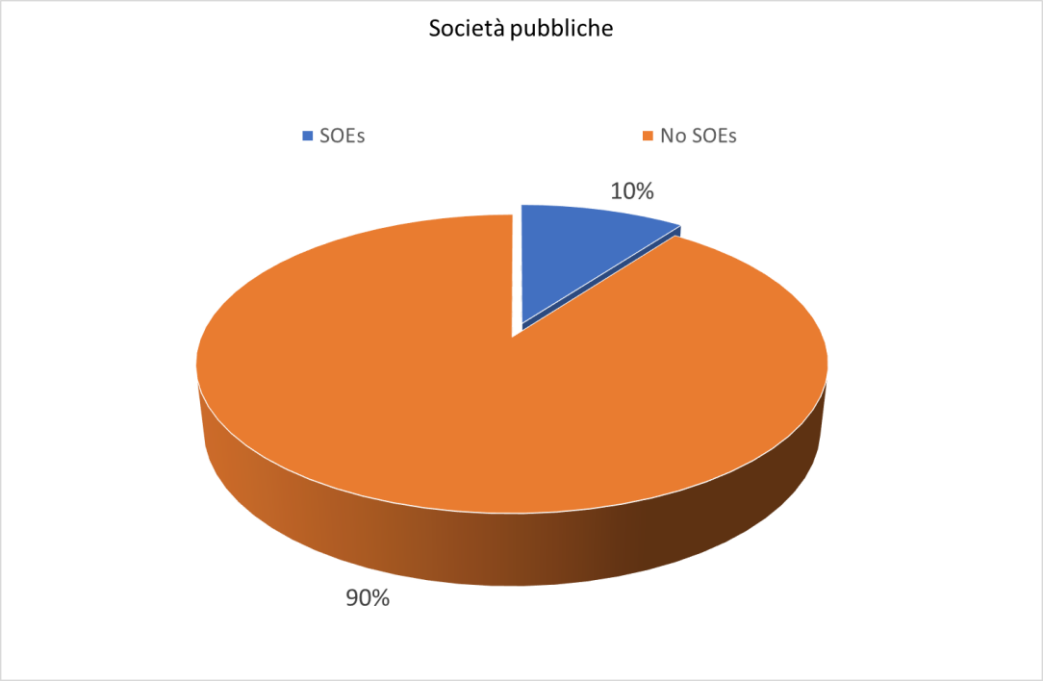


Il settore merceologico in cui operano le imprese del campione è eterogeneo. Prevalgono le imprese industriali (25%) e la categoria banche, assicurazioni, servizi finanziari (22%). Segue il settore dei beni di consumo (18%), servizi (11%), tecnologia (7%), utilities (6%); farmaceutico e biotecnologico (4%), manifatturiero (3%), oil & gas (2%), telecomunicazioni (2%).

rilevanti, le catene di fornitura e subappalto. Per un esame della disciplina si rinvia a ASSONIME, *Gli obblighi di comunicazione delle informazioni non finanziarie,* Circ. 13/2017 e successivamente a ASSONIME, *La legge di bilancio 2019: novità in tema di dichiarazione non finanziaria,* Circ. 4/2019.

ASSONIME - Riproduzione riservata

d) partecipazione pubblica al capitale



Nella categoria rientrano sia le società in cui lo Stato detiene una partecipazione attraverso il Ministero dell'Economia e delle Finanze o Cassa depositi e prestiti, sia le società municipalizzate.

Si tratta di società che – in linea con quanto previsto dalla guida OECD per le strategie anticorruzione e per l'integrità nelle imprese pubbliche[16] – al fine di favorire lo sviluppo della cultura di integrità aziendale, adottano elevati standard di condotta, supportati da procedure per specifici rischi e da sistemi di controllo, etica e compliance coerenti con la valutazione dei rischi stessi.

L'indagine si rivolge, dunque, a imprese di dimensioni medio-grandi, articolate in organizzazioni di gruppo, che operano in settori eterogenei, sensibili al profilo reputazionale e che investono in sistemi di compliance e controllo avanzati, allineati alle migliori prassi nazionali e internazionali. Questo target rappresenta il destinatario fisiologico dei precetti della disciplina 231.

ASSONIME - Riproduzione riservata

[16] V. OECD, *Guidelines on Anti-Corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*, disponibile sul sito: https://www.oecd.org/daf/ca/Guidelines-Anti-Corruption-Integrity-State-Owned-Enterprises.pdf.

La rilevanza della natura e dimensione dell'impresa nell'attuazione della disciplina 231

La scelta del campione si pone in linea con la percezione sviluppatasi in questi due decenni di applicazione del decreto secondo cui l'intero impianto della disciplina ruoti attorno alla prevenzione dei reati all'interno di strutture complesse.

La responsabilità dell'ente, infatti, da un lato si fonda – come espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza – sulla "colpa di organizzazione", intesa come violazione del dovere di adottare cautele organizzative e strumenti di controllo interno idonei a prevenire la commissione dei reati[17] e, dall'altro, presuppone che possa generarsi nell'impresa una cultura autonoma rispetto a quella delle persone fisiche che ne fanno parte, imponendo e giustificando l'adozione di meccanismi di autoregolazione in grado di contrastare le spinte criminogene delle persone fisiche.

Su sollecitazione della normativa, della regolamentazione e delle *best practice* nazionali e internazionali, le società medio-grandi, e in particolare le società quotate, si sono dotate in questi vent'anni di strumenti, strutture organizzative, norme e regole aziendali dirette a preservare il corretto perseguimento dei fini dell'impresa e la legalità della sua attività. L'implementazione del modello organizzativo ha rappresentato lo strumento per rafforzare la cultura aziendale della legalità e i presidi di controllo già esistenti, per migliorare l'aspetto reputazionale dell'impresa o acquisire nuove fette di mercato.

Il tema della rilevanza del modello organizzativo assume, invece, connotati completamente diversi nella piccola impresa, dove l'approccio alla compliance 231 si è rivelato spesso formalistico. In presenza di strutture poco o affatto articolate, con un ridotto numero di dipendenti e con una sostanziale coincidenza tra titolari dell'impresa e gestori della stessa, l'intero impianto della disciplina 231 entra in crisi e solleva dubbi sull'effettiva esigibilità e utilità di una condotta organizzativa funzionale alla prevenzione dei reati analoga a quella imposta a enti di maggiori dimensioni.

Queste considerazioni appaiono confermate dalla giurisprudenza. Sebbene, infatti, non sia possibile sapere se e quanti reati siano stati evitati grazie a un adeguato sistema di compliance alla 231, ciò che emerge è che – al di là del clamore mediatico

[17] In tal senso v. Cass. 28 ottobre 2019, n. 43656; Cass. Pen., 25 settembre 2018, n. 54640; Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38342. In dottrina, per tutti, v. C. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, 2006, n. 3, 169 e ss.

ASSONIME - Riproduzione riservata

suscitato da alcune importanti vicende – la gran parte dei processi per reati commessi nell'interesse o a vantaggio delle imprese di medio-grandi dimensioni si conclude con l'archiviazione. Il maggior numero di condanne si registra, invece, nell'ambito delle società a responsabilità limitata, dove gli assetti organizzativi e l'articolazione dei controlli interni appaiono meno strutturati[18].

Tali dati inducono a riflettere sulla necessità che, in una prospettiva di riforma, la legge possa prevedere un principio generale che attribuisca rilievo alla natura e alle dimensioni dell'impresa, affinché sia le imprese nella costruzione del modello, sia il giudice nella sua valutazione, possano tener conto delle specificità che da questi aspetti derivano sul piano dell'organizzazione.

Un simile approccio consentirebbe, alla medio-grande impresa, di vedere valorizzate anche in sede giudiziale, il complesso delle cautele preventive adottate nel più ampio sistema dei controlli interni, e all'impresa di minori dimensioni, di valutare l'opportunità di rinunciare all'adozione formale del modello e di attribuire maggior rilievo alle buone condotte in sede processuale.

2. Informazioni generali sul Modello Organizzativo

Il d.lgs. 231/2001 configura il modello organizzativo come lo strumento primario di compliance delle regole di prevenzione per i diversi rischi di reato, che l'impresa dovrebbe adottare per non incorrere nella responsabilità per colpa da organizzazione[19]. Obiettivo del modello è quello d'implementare all'interno dell'impresa regole di comportamento che ne orientino l'agire verso la prevenzione ragionevole del rischio di reato.

[18] V. F. CENTONZE – S. MANACORDA, *Decreto 231, Oneri di prevenzione da ricalibrare*, in *Il Sole 24 ore*, 17 luglio 2021.

[19] Sebbene l'adozione del modello organizzativo sia qualificato dalla legge come un onere per beneficiare dall'esonero da responsabilità, la dottrina prevalente ritiene che si tratti di un vero e proprio obbligo per l'impresa, trattandosi di cautela specifica che rientra nel principio generale di 'adeguatezza degli assetti organizzativi'. Per tutti, v. N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in AA.VV., Diritto penale dell'economia, I, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano, 2017, 2302 e ss.

ASSONIME - Riproduzione riservata

La centralità del modello organizzativo nel giudizio sulla responsabilità dell'impresa: l'evoluzione della giurisprudenza

È un dato acquisito la circostanza per cui nei venti anni di attuazione del decreto legislativo 231/2001, il beneficio dell'esonero da responsabilità per l'impresa è stato raramente riconosciuto dalla giurisprudenza, tra le altre ragioni, a causa della scarsa valutazione giudiziale del modello organizzativo. Ne è derivata la tendenza ad affermare la responsabilità dell'impresa per il solo fatto che il reato si è verificato.

Con una recente sentenza la Corte di Cassazione[20] ha realizzato un passo importante per il superamento di tale tendenza, imponendo ai giudici di porre sempre al centro della valutazione della responsabilità dell'impresa la "colpa di organizzazione", verificando in primo luogo "se esiste un modello", e successivamente "se è conforme alle norme e se è stato efficacemente attuato". Per affermare la responsabilità dell'impresa occorre, dunque, che sia predisposta un'accurata indagine sulle cautele organizzative adottate dall'impresa per prevenire il reato.

Questo riconoscimento della centralità del modello organizzativo nel giudizio di responsabilità non porta, tuttavia, a sancire un obbligo di adozione dello stesso, né a ritenere che la responsabilità dell'impresa possa derivare automaticamente dalla sua mancata adozione[21]. Sulla base dell'approccio sostanziale seguito dalla Corte si potrebbe, infatti, giungere a riconoscere in sede giudiziale l'adeguatezza dell'organizzazione a prescindere dall'esistenza di un modello formalmente adottato, purché all'interno dell'impresa sia presente un sistema di controllo e gestione integrata del rischio, in grado di generare norme di comportamento idonee a raggiungere anche gli obiettivi della compliance penale. Fermo restando che, ove esistente, la valutazione sul modello non potrebbe essere in alcun modo omessa.

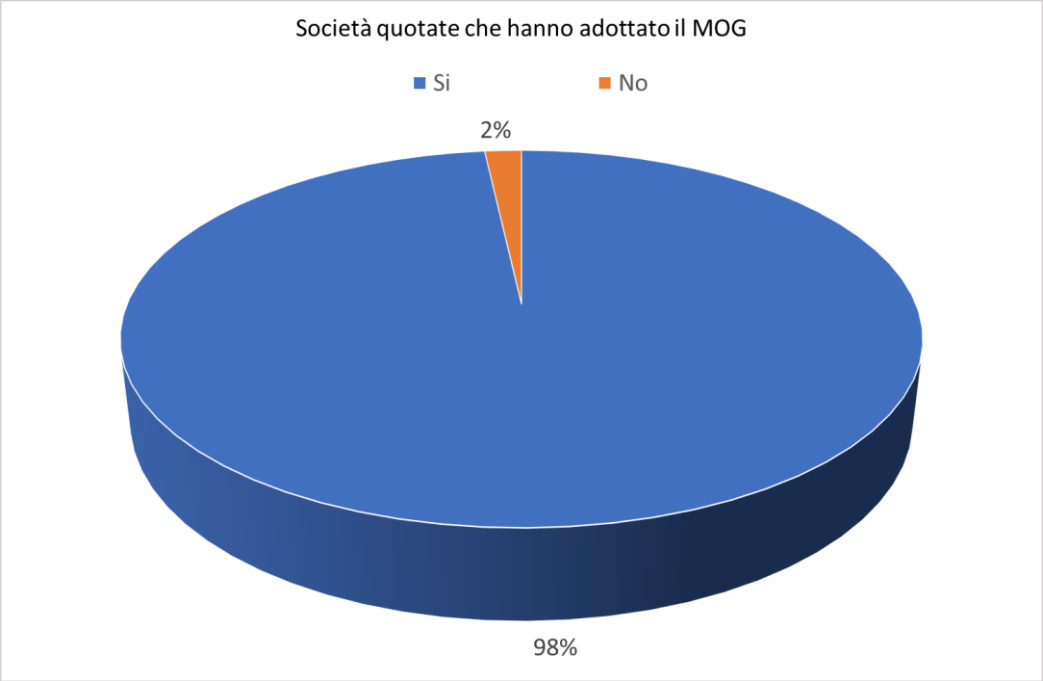
ASSONIME - Riproduzione riservata

[20] V. Cass., 28 ottobre 2019, n. 43656, per il cui commento si rinvia a ASSONIME, *La centralità del modello organizzativo nel sistema 231/2001: una recente sentenza della Corte di Cassazione,* Il Caso 8/2019.

[21] Si è, invece, recentemente espresso in termini di obbligatorietà in senso formale del modello organizzativo il Tribunale di Vicenza, 19 marzo 2021, secondo il quale: "il legislatore configura quindi la realizzazione e l'attuazione del modello e la virtuosità delle politiche di vigilanza come un preciso obbligo a carico dell'ente, fornendo anche indicazioni sulle modalità di esplicazione del dovere di autonormazione normativa".

2.1. Attuazione del Modello Organizzativo

L'indagine rileva un livello di adeguamento alla disciplina molto elevato. Su 226 società quotate sul mercato azionario soltanto 4 non adottano il modello organizzativo per la prevenzione dei reati.



Questi dati evidenziano come nelle società quotate, la questione se l'adozione del modello organizzativo costituisca un obbligo o una facoltà appare nei fatti superata. Il modello è, infatti, adottato dal 98% delle imprese del campione. È da ricordare come solo per il 32% delle società quotate, è prescritto dal Regolamento Mercati un preciso obbligo di adozione del modello per l'accesso al segmento STAR. Le altre adottano il modello su base volontaria.

Le imprese del campione percepiscono, dunque, il modello organizzativo come presidio di buona governance, per attuare la finalità pubblicistica di prevenzione dei reati e la legalità del proprio agire imprenditoriale.

Delle sole 4 società che non adottano il modello, 2 di esse giustificano la scelta nella relazione sul governo societario in virtù della peculiare natura di holding di partecipazione a basso rischio di reato. Una società risulta in fallimento e un'altra dichiara, senza ulteriori specificazioni, di non ritenere allo stato necessaria l'adozione del modello né per sé, né per le società del gruppo aventi rilevanza strategica.

ASSONIME - Riproduzione riservata

Il modello organizzativo nel sistema di gestione integrata dei rischi

È da rilevare come l'organizzazione della medio-grande impresa quotata si muove oggi in una direzione che va oltre i precetti della disciplina 231/2001. Il modello organizzativo si pone, infatti, in una posizione trasversale rispetto alle regole e alle funzioni del sistema aziendale nel suo complesso, incorpora e rafforza presidi già esistenti all'interno. I pilastri del modello organizzativo 231 rientrano in modo sinergico nell'ambito del più ampio sistema di controllo interno, dando luogo a un sistema di gestione dei rischi integrato.

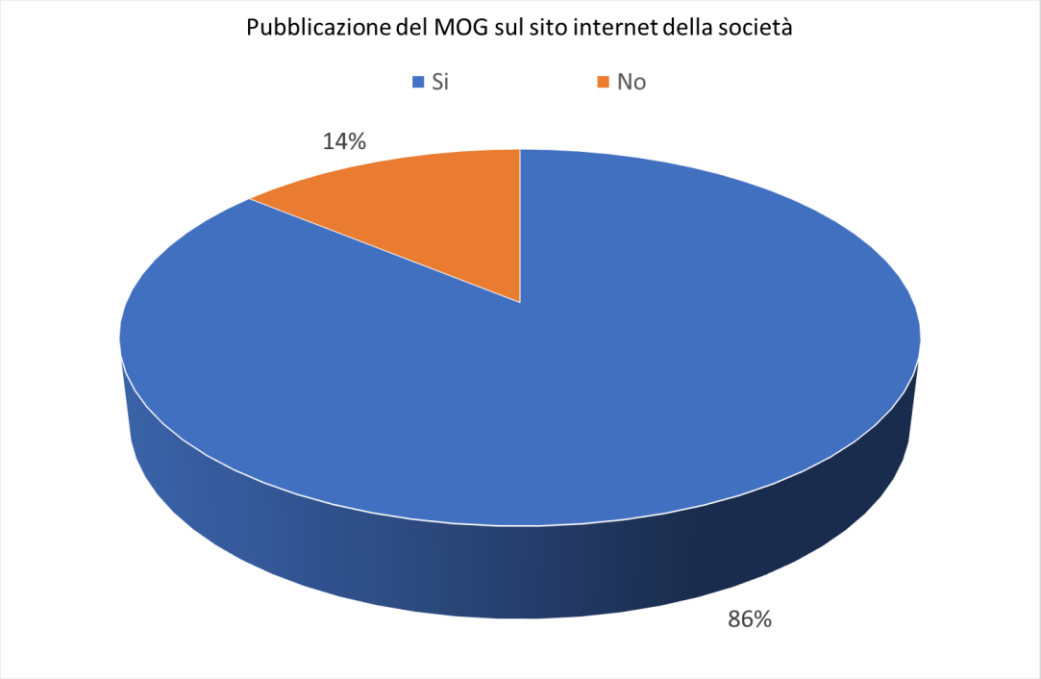
Al modello organizzativo integrato nei processi aziendali si affiancano, poi, altri strumenti finalizzati a garantire il rispetto delle regole e il controllo di condotte che comportano il rischio della commissione di illeciti, quali ad esempio: codici etici; programmi anticorruzione; programmi antifrode; programmi antitrust; attività di audit e due diligence. Il corretto funzionamento di questi strumenti/procedure è affidato a specifici organismi/uffici deputati ad assicurare la loro attuazione e a monitorarne funzionamento ed efficacia. L'insieme di questi presìdi, adeguatamente integrati, conduce a verifiche rafforzate, segnalazioni tempestive di criticità e debolezze, nonché a interventi correttivi idonei a adeguare le scelte di gestione all'evoluzione dei rischi aziendali, tra cui in particolare il rischio della commissione dei reati.

In questo contesto di regole, ormai maturo, una buona *corporate governance* diventa lo strumento più efficace per il contrasto alla criminalità. Il modello organizzativo 231 perde la sua specificità e viene assorbito all'interno di un sistema *multi-compliance* finalizzato a individuare all'interno dell'impresa le cautele necessarie per gestire la conformità dell'attività agli obblighi legali che interessano l'organizzazione. Questo complessivo assetto organizzativo di prevenzione del rischio, presente nella medio-grande impresa, dovrebbe essere valorizzato – a prescindere che si ritenga o meno sussistente un obbligo di adozione formale del modello – al fine di orientare il giudice nella più corretta valutazione complessiva delle misure preventive adottate dall'impresa per impedire la commissione di reati.

ASSONIME - Riproduzione riservata

2.2 Disclosure sull'adeguamento alla disciplina 231

Sul campione delle 222 società che adottano il modello, l'86% delle società lo ha anche pubblicato sul proprio sito web.



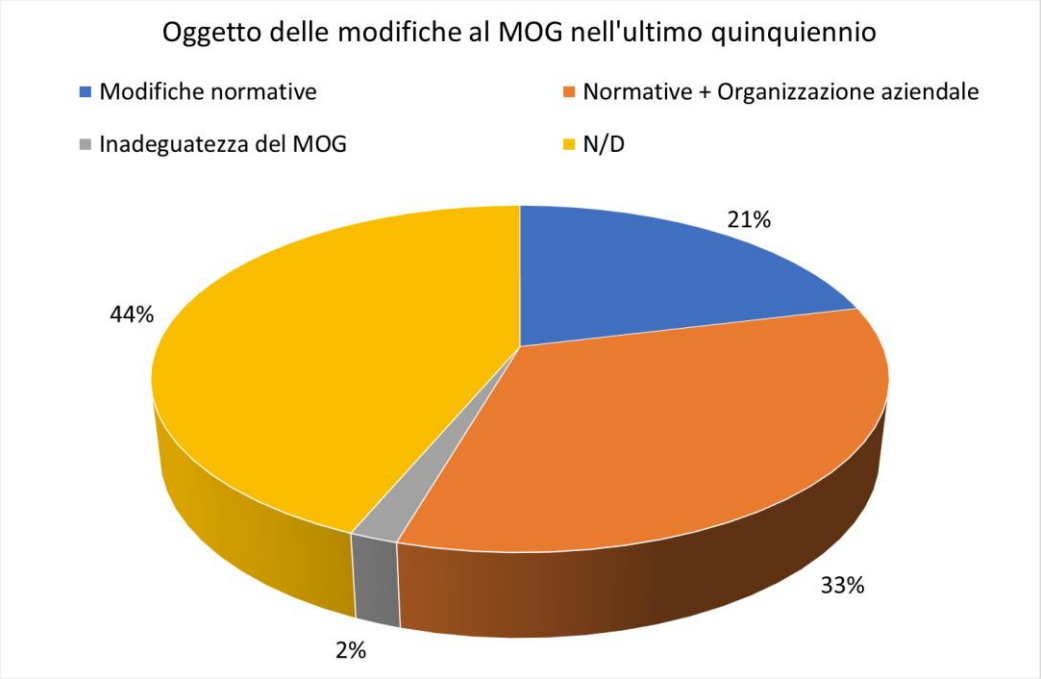
Questo dato evidenzia come nel delicato equilibrio tra le esigenze di riservatezza della società in relazione al profilo delle attività e processi sensibili a rischio reato e l'importanza della diffusione al mercato di informazioni sul livello di compliance della società, prevalga il secondo aspetto.

2.3 Aggiornamento del Modello Organizzativo

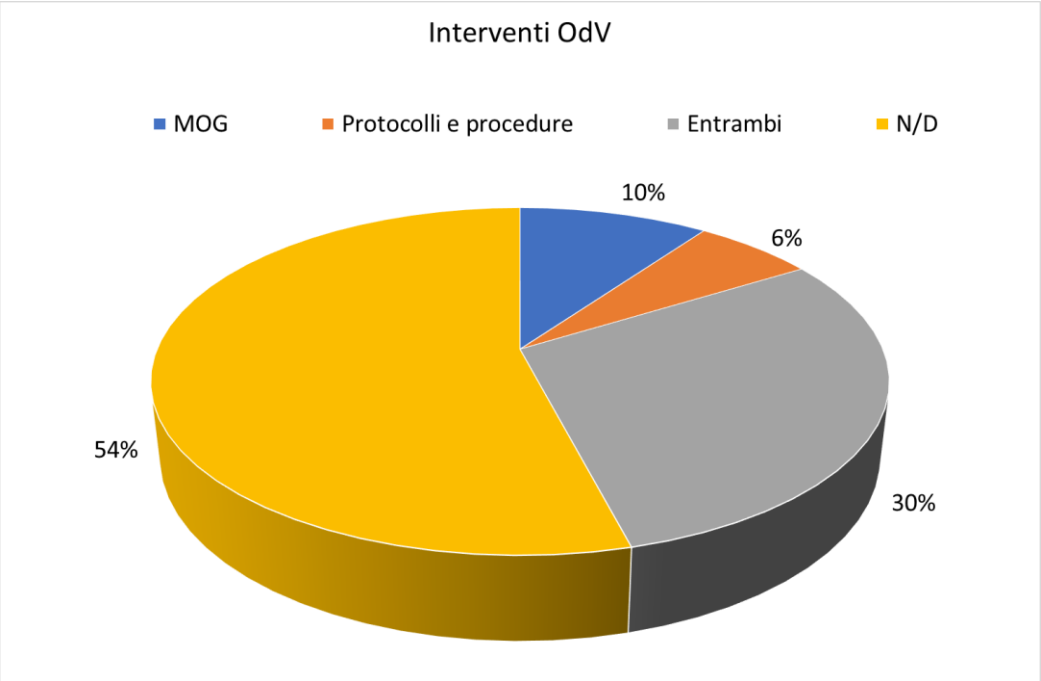
Per essere efficace sia ai fini di un'efficiente gestione dei processi sensibili, sia per il riconoscimento del beneficio dell'esonero da responsabilità in sede giudiziale, il modello organizzativo deve essere costantemente aggiornato.

Nell'ultimo quinquennio i modelli organizzativi sono stati aggiornati dalle imprese prevalentemente per l'adeguamento alle nuove figure di reato introdotte nella disciplina (con particolare riguardo da ultimo ai reati fiscali introdotti dal decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, in attuazione della direttiva europea (UE) 2017/1371, cd. direttiva PIF) e/o per intervenute modifiche interne all'organizzazione aziendale. In quattro casi la società ha dichiarato di aver modificato il modello anche per effetto di criticità riscontrate nella sua attuazione.

ASSONIME - Riproduzione riservata



Sulla base delle informazioni disponibili, nella maggior parte dei casi le modifiche hanno riguardato sia la parte generale del modello, sia le procedure, quale conseguenza diretta dell'introduzione di nuove figure di reato e della necessità dell'implementazione di protocolli idonei a prevenire i nuovi rischi.



ASSONIME - Riproduzione riservata

3. L'Organismo di vigilanza

La legge definisce l'Organismo di vigilanza come l'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, cui affidare il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, nonché di curarne il loro aggiornamento[22]. L'OdV è, dunque, una funzione necessaria, con compiti di sorveglianza, munito di poteri di iniziativa e controllo. Il suo ruolo è essenziale nel sistema di responsabilità dell'impresa perché gli è affidata la cura sull'attualità del modello e sulla sua efficace attuazione.

Le 222 società che hanno adottato il modello organizzativo hanno, pertanto, conseguentemente provveduto alla nomina dell'Organismo, quale presidio di controllo per l'attuazione della funzione preventiva del modello organizzativo e condizione necessaria per l'esonero da responsabilità.

I dati che seguono sono calcolati sul campione delle 222 società quotate che hanno adottato il modello organizzativo. Sono escluse dal campione le 4 società che non avendo adottato il modello non hanno neppure nominato l'OdV.

3.1 Nomina e composizione dell'Organismo

La formulazione originaria della legge non disponeva nulla sulla composizione e sulla struttura dell'OdV, ad eccezione dell'articolo 6, comma 4 che consentiva all'organo dirigente di assolvere ai compiti dell'organismo negli enti di piccole dimensioni.

Successivamente con la legge di stabilità per il 2012[23] è stata introdotta la facoltà per le società di capitali di attribuire le funzioni dell'OdV all'organo di controllo. Per le banche tale opzione è stata imposta come *best practice* dalle disposizioni di vigilanza del 2013, ferma restando la possibilità di affidare le funzioni di OdV a un organismo appositamente istituito, dandone adeguata motivazione[24].

[22] V. art. 6, comma 1, lett. b) del decreto legislativo 231/2001.

[23] V. articolo 14, comma 12 della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di Stabilità per il 2012), che ha introdotto il comma 4 bis all'articolo 6 del decreto legislativo 231/200.

[24] V. Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 15° aggiornamento del 2 luglio 2013, con cui è stato inserito nel Titolo V il Capitolo 7 concernente "il sistema dei controlli interni".

ASSONIME - Riproduzione riservata

L'attribuzione delle funzioni dell'OdV al collegio sindacale: una razionalizzazione del sistema?

La norma che consente alle società di optare per l'attribuzione dei compiti di vigilanza sul modello 231/2001 al collegio sindacale o all'organo di controllo nei modelli alternativi (introdotta dal comma 4 bis all'art.6 del d.lgs. 231/2001) è stata una risposta del legislatore del 2011 a due esigenze molto avvertite nel modo delle imprese e del diritto societario: i) l'esigenza di razionalizzare le figure di controllori che, nella grande impresa quotata, dai primi anni duemila si sono affermate in via di autodisciplina (es. le figure di amministratori indipendenti e non esecutivi ispirati al modello monistico) o in via legislativa nazionale ed europea (dirigente preposto, amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, comitato per il controllo interno e la revisione contabile nei cd. Enti Interesse Pubblico, banche, grandi imprese, assicurazioni); ii) l'incertezza della figura dell'Organismo di vigilanza, affermatosi nella prassi e non disciplinato dalla legge, che lasciava margini di dubbio in merito ai requisiti d'indipendenza, responsabilità e coordinamento con il sistema dei controlli interni dell'impresa.

Questa disposizione chiarisce che la funzione di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello organizzativo può essere attribuita a chi svolge la funzione di vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo complessivo dell'impresa (attribuita dalla legge all'organo di controllo). Si tratta di una scelta normativa che è giunta all'esito di un'evoluzione profonda della concezione dei controlli sull'impresa, dovuta a molteplici fattori che delineano oggi uno scenario molto diverso da quello del tempo in cui la 231 fu emanata, e caratterizzato da una valorizzazione progressiva della cultura della legalità nell'agire dell'impresa su cui l'organo di controllo esercita un ruolo centrale.

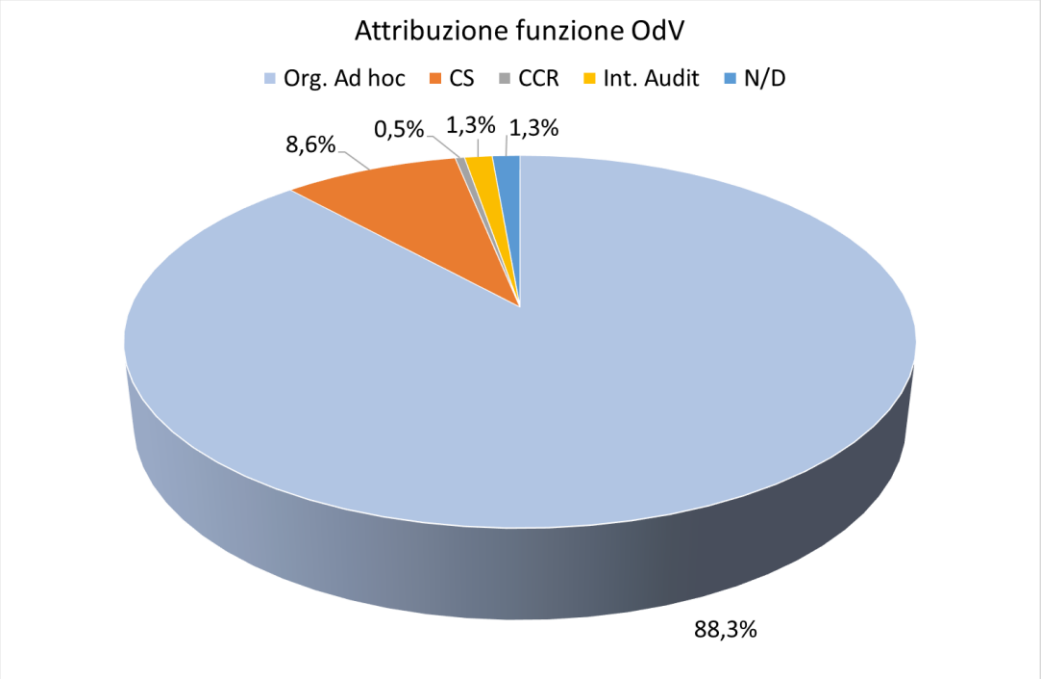
In conformità alla filosofia sottesa alla disciplina 231, che rimette all'ente stesso la scelta delle modalità organizzative da adottare in funzione penal preventiva, la norma tiene conto, tuttavia, anche dell'importanza nel tempo assunta dagli organismi di vigilanza istituiti nella prassi delle imprese e dell'adeguatezza delle professionalità che hanno assunto tale incarico. In tale ottica, l'immedesimazione tra l'OdV e l'organo di controllo rappresenta una facoltà pienamente legittima, ma non un obbligo e neppure una presunzione di conformità idonea a garantire l'esenzione di responsabilità. Spetta alle imprese valutare se la concentrazione delle figure possa essere una soluzione di razionalizzazione, pur senza diminuzione dell'efficacia dei controlli, oppure se la separazione garantisca una maggiore specializzazione e quindi una maggiore puntualità di intervento rispetto alla concreta configurazione della società e

ASSONIME - Riproduzione riservata

dell'impresa[25].

La risposta della prassi

Su questo aspetto la prassi delle imprese è nettamente orientata per la separazione dei ruoli. Solo l'8,6% delle società ha optato per l'attribuzione delle funzioni dell'OdV al collegio sindacale. L'88,3% attribuisce la funzione ad un organismo ad hoc. In un solo caso l'OdV coincide con il Comitato controllo e rischi (CCR).



Delle 19 società che attribuiscono la funzione al collegio sindacale solo 9 sono banche. Anche nel sistema bancario, dunque, nonostante l'attribuzione delle funzioni di OdV all'organo di controllo sia fortemente raccomandata da Banca d'Italia, non tutte le banche hanno ritenuto opportuno esercitare questa facoltà.

Con riguardo all'attribuzione della funzione all'internal audit vale la pena osservare come anche l'ultimo aggiornamento delle Linee Guida di Confindustria[26] confermi che

[25] In questo senso, in dottrina, v. P.MONTALENTI, *Amministrazione e controllonella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma,* in *Riv. soc*., 2013, 60.

[26] CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, giugno 2021.

ASSONIME - Riproduzione riservata

tale funzione può essere idonea a fungere da OdV, se ben posizionata e dotata di risorse adeguate. Questa scelta, tuttavia, è stata operata solo da 3 società, che peraltro hanno, in due casi, dato questo compito in *outsourcing.*

Ciò non esclude, tuttavia, che la funzione di internal audit resti essenziale per garantire il buon funzionamento dell'organismo, sia nell'ipotesi in cui il responsabile sia uno dei membri dell'OdV sia quando la funzione sia posta a supporto dell'azione dell'OdV.

L'evoluzione dell'Autodisciplina

A seguito della modifica introdotta dalla legge di stabilità anche l'autodisciplina raccomandava agli emittenti quotati l'esercizio della facoltà di attribuire le funzioni dell'Organismo di vigilanza all'organo di controllo, ritenendo tale scelta un'opzione idonea a garantire la piena efficienza e razionalizzazione del sistema dei controlli societari. Tuttavia, anche in ragione della scarsa diffusione di tale modello nella prassi delle imprese, la nuova versione del Codice, in vigore dal 2021, evolve verso una soluzione più neutra rimettendo al consiglio di amministrazione, con il supporto del comitato controllo e rischi, la scelta se attribuire la funzione di OdV al collegio sindacale o a un organismo appositamente istituito, raccomandando, tuttavia, nel caso in cui la scelta non ricada sull'organo di controllo, di valutare l'opportunità di nominare all'interno dell'organismo almeno un amministratore non esecutivo e/o un membro dell'organo di controllo e/o il titolare di funzioni legali o di controllo della società, al fine di assicurare il coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

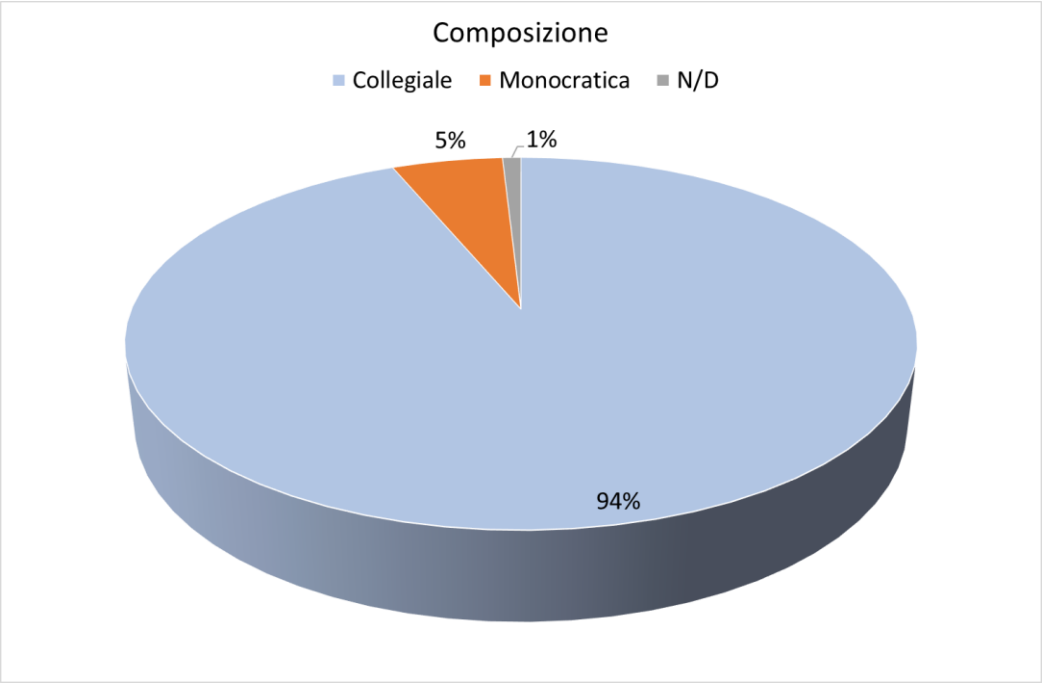
Trattandosi di scelta organizzativa rimessa alla valutazione del consiglio di amministrazione nell'ambito del più generale dovere di istituire assetti organizzativi adeguati, il Codice, tuttavia, non esclude neppure la possibilità che l'attribuzione delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 6 del d.lgs. 231/2001 sia effettuata a un organismo composto esclusivamente da soggetti esterni, purché in tal caso sia assicurato – mediante il supporto delle funzioni aziendali e la cura di adeguati flussi informativi – un adeguato coordinamento con i soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

La scelta sulla composizione dell'OdV rimane, dunque, per sua natura variabile dovendo essere modulata sulla base dell'organizzazione, della dimensione dell'impresa, del tipo di attività esercitata, degli specifici profili di rischio.

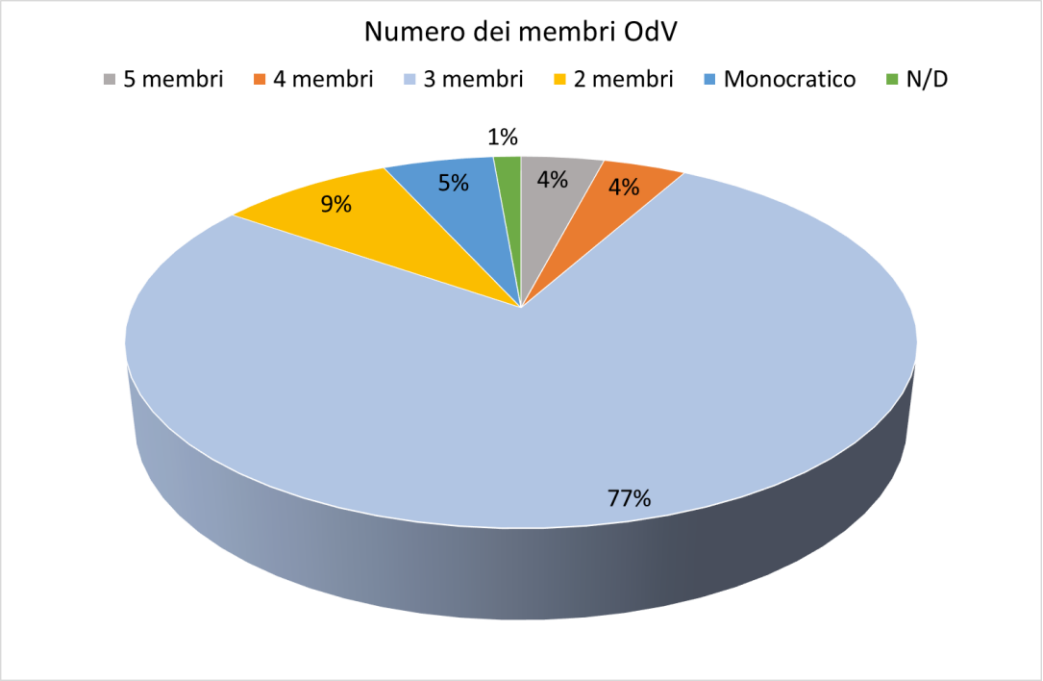
ASSONIME - Riproduzione riservata

Ciò premesso, dall'indagine emergono delle chiare linee di tendenza sulle scelte delle società quotate. In particolare, i dati mostrano che quando la funzione dell'OdV è attribuita ad un organismo ad hoc la composizione è prevalentemente:

a) Collegiale

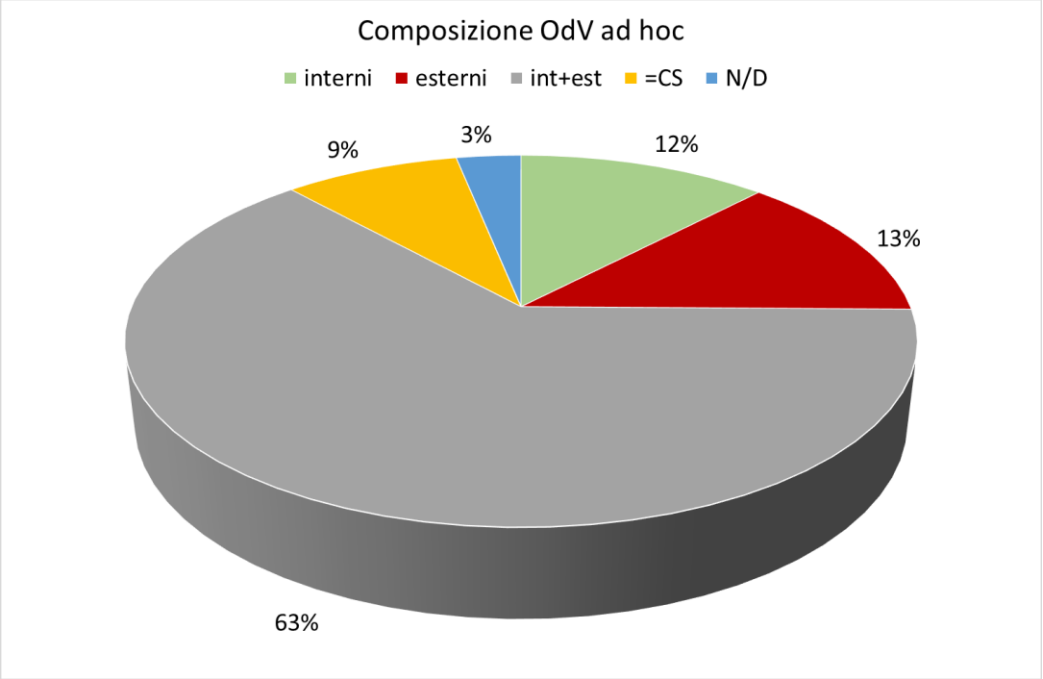


b) con un numero di tre membri



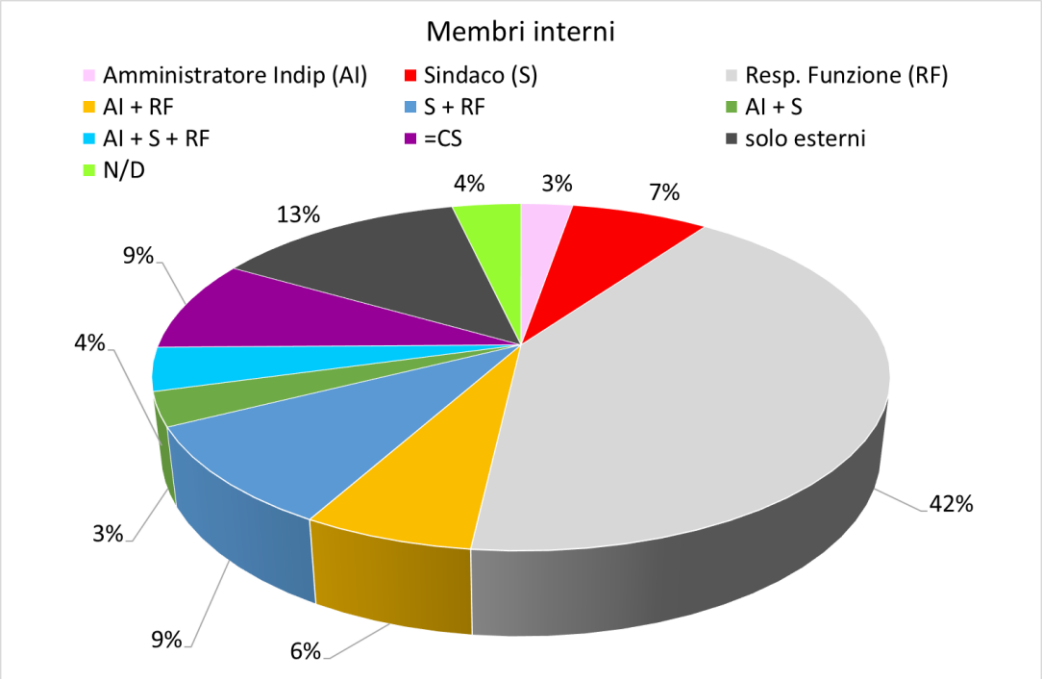
ASSONIME - Riproduzione riservata

c) composizione mista con membri sia interni, sia esterni



Tra i componenti interni – ai fini di questa indagine – vengono considerati non solo i responsabili di funzione, ma anche i componenti degli organi sociali.

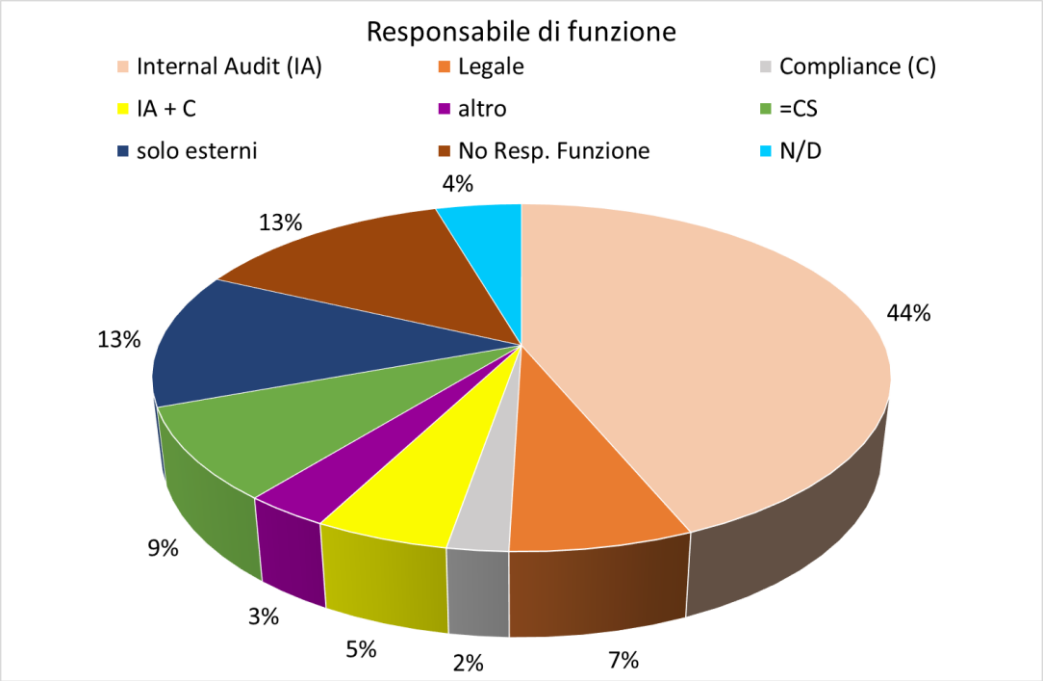
d) con almeno un responsabile di funzione, rappresentato prevalentemente dal Responsabile dell'internal audit



ASSONIME - Riproduzione riservata

Risulta, frequente nell'OdV delle società del campione la presenza di almeno un amministratore indipendente e/o di un sindaco (32%). La funzione prevalente è, invece, rappresentata dall'internal audit. Seguono la funzione legale e *compliance.*

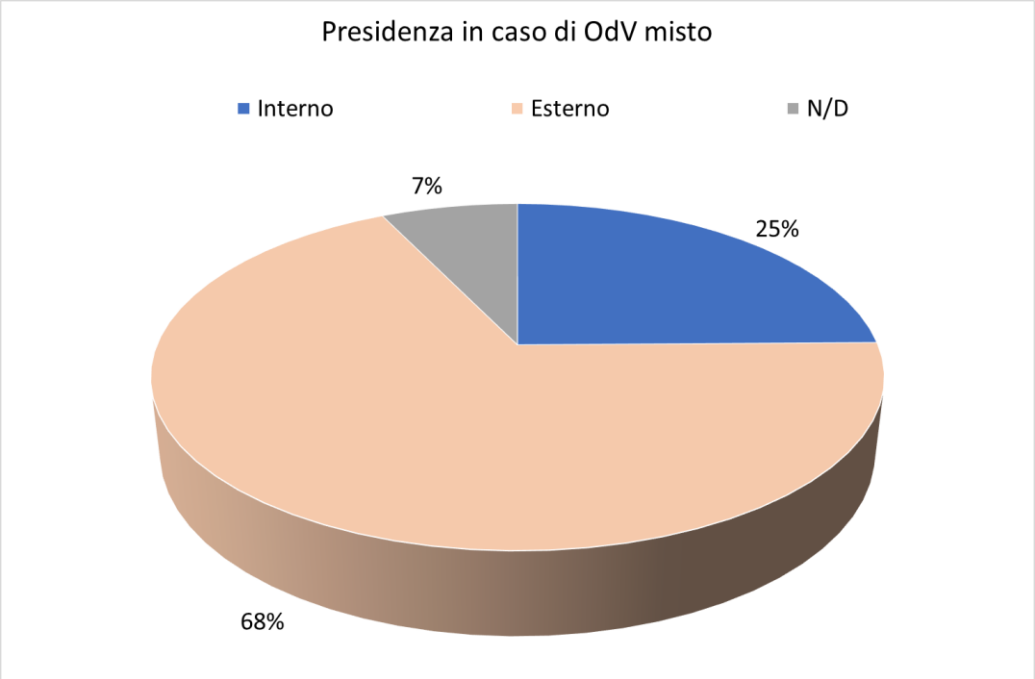
La presenza di una funzione aziendale centrale nel sistema dei controlli interni come l'internal audit è molto utile per garantire un monitoraggio continuo da parte dell'organismo e sinergico con le verifiche proprie della funzione, in un'ottica di gestione integrata dei rischi d'impresa.



Le scelte dei membri interni appaiono, dunque, già oggi in linea con le indicazioni fornite dalla più recente versione del Codice di Corporate Governance, non ancora attuato. Se si considera, inoltre, che gli incarichi dei membri degli OdV della maggior parte delle società del campione risultano allo stato dell'indagine prossimi alla scadenza, ci si può attendere un tasso elevato di adeguamento al nuovo Codice.

ASSONIME - Riproduzione riservata

e)Presidenza membro esterno



Nella maggior parte dei casi in cui l'OdV ha composizione mista, la presidenza risulta affidata al membro esterno, al fine di rafforzare l'autonomia dell'organismo.

Il punto sulla giurisprudenza

La giurisprudenza non offre chiare indicazioni su quale sia la composizione ottimale per garantire un'efficace vigilanza sul modello organizzativo al fine di prevenire la commissione dei reati ed evitare la responsabilità penale dell'impresa. Le pronunce che si sono concentrate su tale aspetto sono poche, anche se è interessante notare come si siano evolute nel tempo.

In particolare, agli inizi dell'applicazione della disciplina si escludeva che potessero essere nominati membri dell'OdV esponenti degli organi sociali, perché ritenuta inopportuna sotto il profilo dell'autonomia e dell'indipendenza dell'organismo (v. Trib. Roma ord. 4 aprile 2003).

Questa lettura della giurisprudenza, tuttavia, non teneva conto del fatto che l'attività di controllo dell'OdV ha punti di contiguità sia con il compito dell'organo di gestione (nel suo plenum) di valutare l'adeguatezza degli assetti interni (predisposti dagli organi delegati), sia con il dovere dell'organo di controllo di vigilare sull'adeguatezza degli assetti stessi, sia con la funzione di Internal Audit, in punto di controllo sulla conformità

ASSONIME - Riproduzione riservata

delle operazioni con le procedure interne. Una composizione mista dell'Organismo con amministratori indipendenti/sindaci/responsabili di funzione consente all'OdV, da una parte, di concorre con gli amministratori a delineare gli assetti organizzativi in chiave di prevenzione del rischio penale; dall'altra di svolgere in ausilio al collegio sindacale la funzione di controllo sul rispetto delle procedure previste in attuazione del modello organizzativo.

Una prima apertura della giurisprudenza a questa chiave di lettura si è avuta nel 2014 quando la Cassazione (v. Cass. 18 settembre 2014 n. 38343), prendendo atto della modifica normativa apportata dalla legge di stabilità 2012, ha riconosciuto che: "La circostanza che, nelle società di capitali, oggi, per effetto di sopravvenuta modifica normativa, anche il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possano svolgere la funzione di organismo di vigilanza non comprime affatto il requisito dell'autonomia dell'organo, trattandosi di apparati dotati di centralità ed autonomia, come emerge dall'art. 2399, lettera c), cod. civ."

Sulla presenza di responsabili delle funzioni all'interno dell'OdV, invece, nel recente caso del disastro ferroviario di Viareggio, la Corte d'Appello di Firenze ha, invece, confermato la condanna del Tribunale per alcune delle società ricorrenti per responsabilità 231, tra le altre ragioni, perché l'OdV composto dai Responsabili delle Direzioni Audit, Affari Legali e Societari, non assicurava idonei requisiti di autonomia e indipendenza non essendo previsti per tali soggetti «meccanismi espliciti che impedissero le interferenze da parte dei vertici aziendali[27]». Questa giurisprudenza non esclude che i responsabili di funzione possano essere nominati membri dell'OdV, ma impone che siano adottati specifici contrappesi per garantire l'autonomia dal vertice.

Anche il Tribunale di Vicenza ha recentemente affermato che la figura del Responsabile della funzione di internal audit "in astratto" può anche essere idonea a comporre l'Organismo, ferma restando la necessità di verificare la sussistenza in concreto di una piena autonomia dagli organi di vertice[28].

A tal fine ad esempio adeguati presidi correttivi potrebbero essere rappresentati dalla

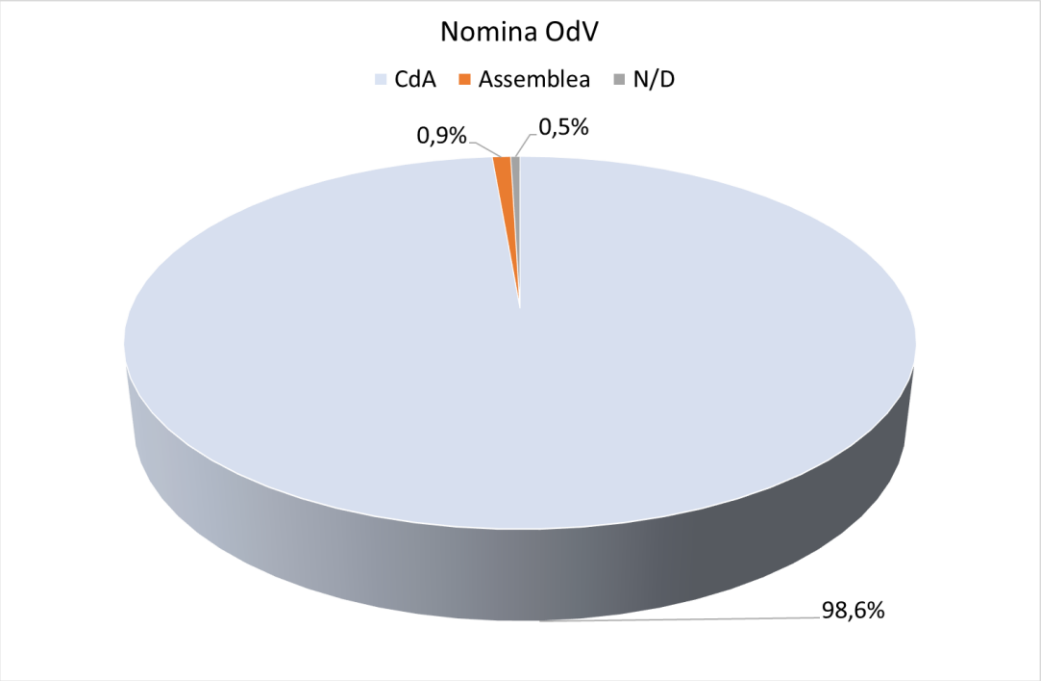
[27] Corte di Appello di Firenze, 16 dicembre 2019, n. 3733.

[28] Esclusa nel caso di specie dal fatto che la relativa figura risultava dipendere gerarchicamente e funzionalmente dai soggetti che con specifico riguardo ai reati imputati all'ente era tenuto a controllare. V. Trib. Vicenza, 19 marzo 2021, n. 348

ASSONIME - Riproduzione riservata

nomina di un membro dell'organo di controllo unitamente al responsabile di funzione, oppure dalla scelta di attribuire le funzioni di Presidente dell'OdV ad un membro esterno.

Con riguardo alla nomina dell'Organismo l'indagine rileva che nel 98,6% dei casi è attribuita al consiglio di amministrazione, anche quando l'organo dirigente opta per l'attribuzione delle funzioni al collegio sindacale. Solo nello 0,9% dei casi la nomina è rimessa alla competenza assembleare. In questi casi l'OdV coincide con il collegio sindacale.



Le ragioni che giustificano il dato vanno ricondotte al fatto che: i) la legge attribuisce all'organo dirigente il compito di definire il perimetro e le modalità di esercizio dei compiti dell'OdV, attraverso la predisposizione del proprio modello di organizzazione e di gestione; ii) la predisposizione del modello organizzativo e la garanzia del suo funzionamento entra nel perimetro dei doveri che il diritto societario pone in capo agli amministratori di assicurare assetti organizzativi adeguati; iii) la nomina dell'OdV configura un atto di tipo organizzativo, normalmente attribuito all'organo cui compete la gestione societaria.

Anche la nuova formulazione del Codice di Corporate Governance, peraltro, rimette all'organo dirigente la nomina dell'Organismo con il supporto del comitato controllo e

ASSONIME - Riproduzione riservata

rischi, chiamato in particolare a valutare la facoltà di attribuire al collegio sindacale le funzioni dell'organismo. Attualmente, tuttavia, sono pochi i casi in cui è previsto il coinvolgimento del comitato nella nomina dell'OdV.

E', infine, da segnalare come la scelta di attribuire la nomina alla competenza assembleare, seppure marginale, mostra il pregio di accentuare il grado di autonomia e indipendenza di cui l'organismo deve essere dotato.

3.2 I requisiti dell'OdV: autonomia, indipendenza, professionalità, continuità d'azione

La scelta sulla composizione dell'organismo deve essere idonea ad assicurare la sussistenza dei requisiti di cui devono essere in possesso i membri dell'organismo stesso e che – sulla base delle scarne indicazioni contenute nell'articolo 6 del decreto – sono stati individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in: autonomia e indipendenza; professionalità; continuità d'azione.

I requisiti dell'OdV nella giurisprudenza e nelle Linee guida di categoria

Indipendenza e autonomia implicano assenza di interferenza o condizionamento da parte di un qualunque componente dell'ente e, in particolare, da parte dell'organo dirigente, al fine di evitare qualsiasi conflitto di interesse. La giurisprudenza da ciò fa conseguire che l'OdV non debba svolgere alcun compito operativo all'interno dell'ente e che non debba essere reso partecipe di alcuna decisione di carattere gestorio posto che, diversamente, la sua indipendenza e autonoma capacità di giudizio ne risulterebbero condizionate (cass. 18 settembre 2004, n.38343).

Il concetto di autonomia implica, inoltre, sia libertà di iniziativa, e quindi che i poteri di ispezione e vigilanza dell'OdV siano attivabili senza necessità di autorizzazioni; sia la possibilità di disporre di un budget finanziario adeguato. L'indipendenza, invece, deve riguardare non solo l'organismo come *plenum* ma anche individualmente i suoi membri. Questi devono soddisfare requisiti soggettivi di onorabilità, assenza di conflitti di interesse con la società e di rapporti di parentela con gli organi sociali e con il vertice e dovranno altresì essere privi di mansioni operative di gestione che finirebbero per minarne l'autonomia di giudizio.

La professionalità implica che i membri dell'OdV debbano essere in possesso di competenze tecniche specifiche, principalmente di natura giuridica, contabile e aziendale. La giurisprudenza ha, in particolare, valutato negativamente l'OdV di una

ASSONIME - Riproduzione riservata

società perché non era prevista nel modello un'indicazione di professionalità specifica riferita ai componenti dell'organismo. La valutazione della professionalità comporta che è richiesta ai componenti conoscenza tecnica, ma nulla esclude che si possa anche fare ricorso a consulenti specializzati ove necessario per integrare le indagini tecniche. Quanto all'onorabilità richiesta ai componenti si fa generalmente riferimento ai requisiti dei sindaci delle società quotate (art. 148 TUF).

La **continuità d'azione** deve intendersi come l'assiduità e la regolarità nello svolgimento dell'attività di vigilanza e controllo sul modello adottato[29]. Si chiarisce in dottrina che continuità di azione non significa attività a tempo pieno, ma operatività costante che è bene trovi riscontro nella documentazione interna dell'organismo, in particolare nei verbali delle attività svolte[30]. Per assicurare continuità di azione è opportuno che la società metta a disposizione dell'OdV una parte della struttura per assistere l'OdV nelle attività di raccolta delle informazioni rilevanti o per gestire altri adempimenti organizzativi.

La scelta che maggiormente sembra rispondere al possesso congiunto di tali requisiti appare quella che porta ad attribuire le funzioni di OdV al collegio sindacale. Tuttavia, anche le altre soluzioni adottate nella prassi possono, se adeguatamente calibrate, garantire un adeguato equilibrio tra l'esigenza di istituire un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo e quella di garantire l'efficienza del sistema dei controlli societari.

Così in particolare, la scelta di nominare un amministratore indipendente o un responsabile di funzione all'interno dell'Organismo, suggerita dal Codice di Corporate Governance, può rafforzare il profilo dell'efficienza del funzionamento dell'organismo, mentre la nomina di un membro dell'organo di controllo può rafforzare il profilo dell'autonomia e dell'indipendenza di giudizio dell'organismo stesso.

Autonomia e indipendenza

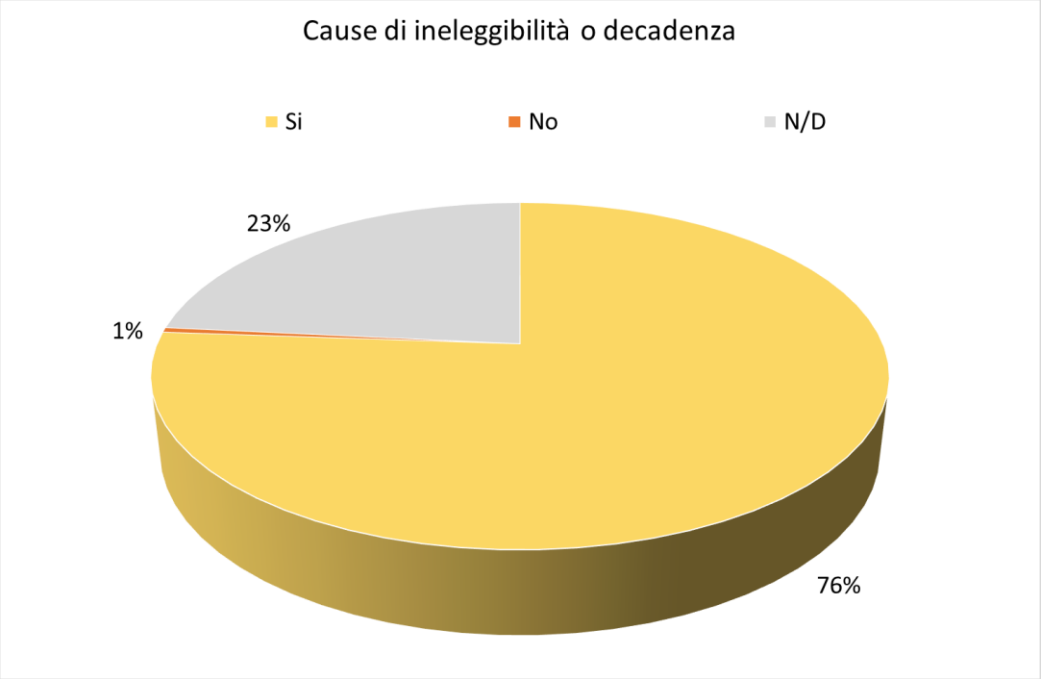
[29] Per una disamina della giurisprudenza che ha esaminato questi profili si rinvia al *Dizionario 231,* voce "Organismo di Vigilanza", disponibile sul sito *Assonime*.

[30] P. MAGRI, M. DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi,* in *Diritto penale delle società,* a cura di Canzio, Cerqua e Luparia, 2016, p. 904.

ASSONIME - Riproduzione riservata

L'indagine rileva, inoltre, che per soddisfare i requisiti di autonomia e indipendenza le società del campione – accanto alle scelte sulla composizione dell'organismo – adottano alcuni strumenti ricorrenti, tra cui:

a) la previsione nel modello organizzativo di specifiche cause di ineleggibilità e decadenza

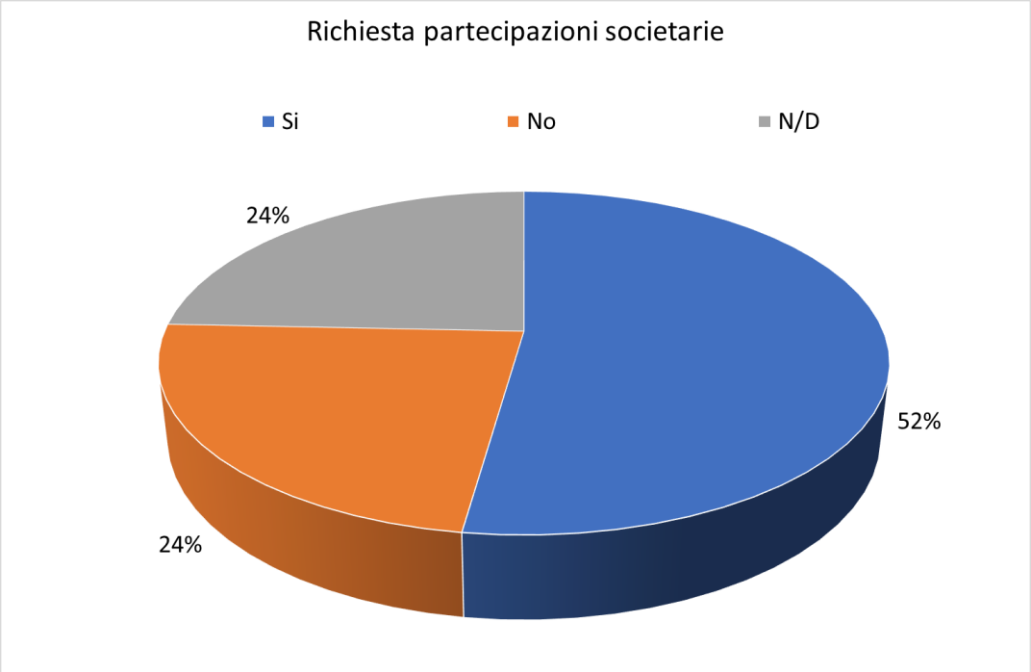


Le principali cause di ineleggibilità/decadenza richieste dalle società riguardano: i) l'assenza di incarichi operativi o deleghe che possano inficiare l'autonomia e l'indipendenza dell'operato; ii) l'assenza di legami di parentela con il vertice; iii) l'insussistenza dei requisiti di onorabilità previsti per i sindaci di società quotate (dm. 162/2000) o quelli previsti per gli esponenti bancari (d.m. 161/1998); iv) l'assenza di rapporti di natura patrimoniale con la società; v) l'assenza di condanne a sanzioni che comportino l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi; vi) l'assenza di sentenze di condanna per reati 231. Su quest'ultimo aspetto è da segnalare come la giurisprudenza[31] abbia ritenuto non soddisfatto il requisito dell'autonomia e dell'indipendenza perché le cause di ineleggibilità/decadenza previste dalla società consentivano ad un soggetto condannato per reati 231 di rimanere in carica fino al passaggio in giudicato della sentenza.

[31] V. Trib. Milano, 20 settembre 2004.

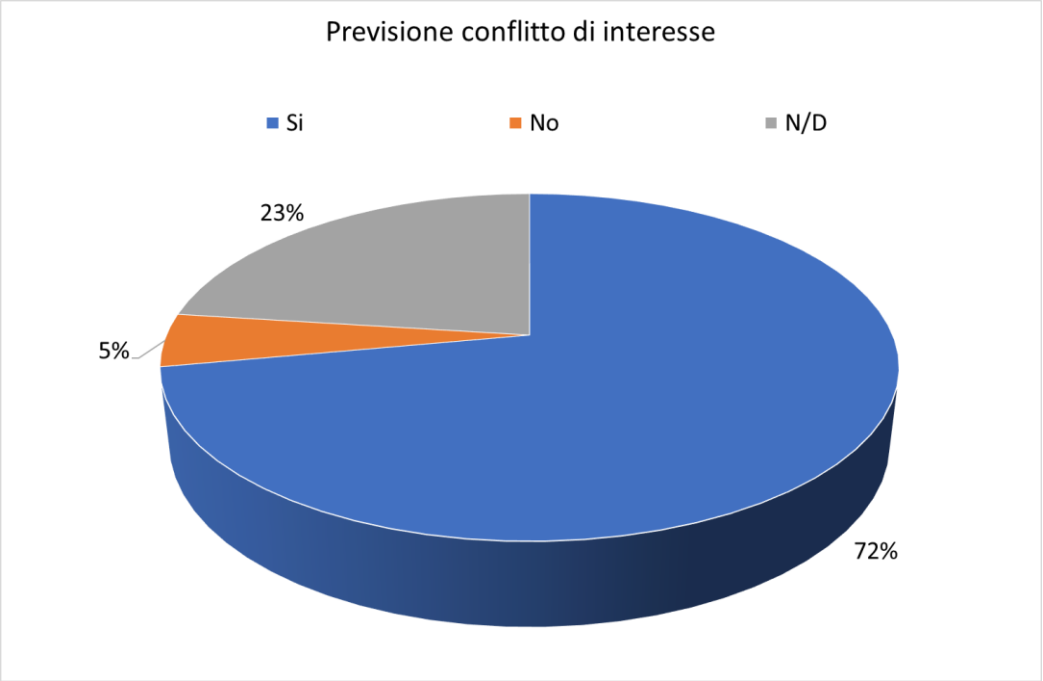
ASSONIME - Riproduzione riservata

Il 52% delle società del campione indica, inoltre tra le cause di ineleggibilità/decadenza l'assenza di titolarità di partecipazioni societarie che possano determinare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria.



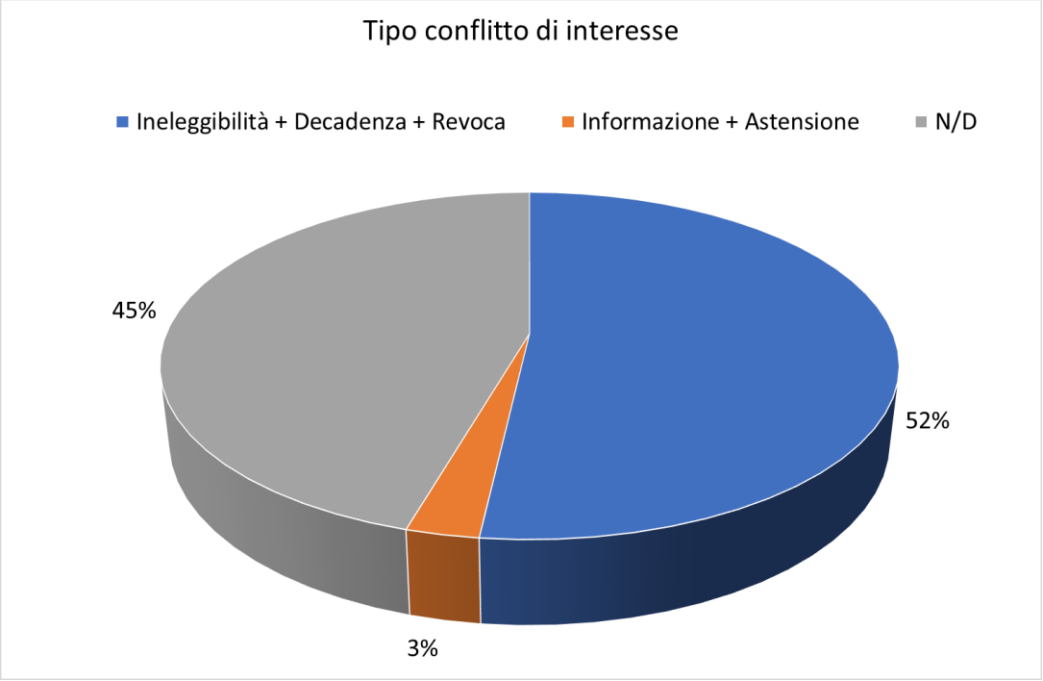
Alcune società, infine, indicano tra le cause di ineleggibilità/decadenza l'assenza di sanzioni amministrative irrogate dalla Consob per i reati di *market abuse*.

b) la regolazione dell'ipotesi del conflitto di interessi

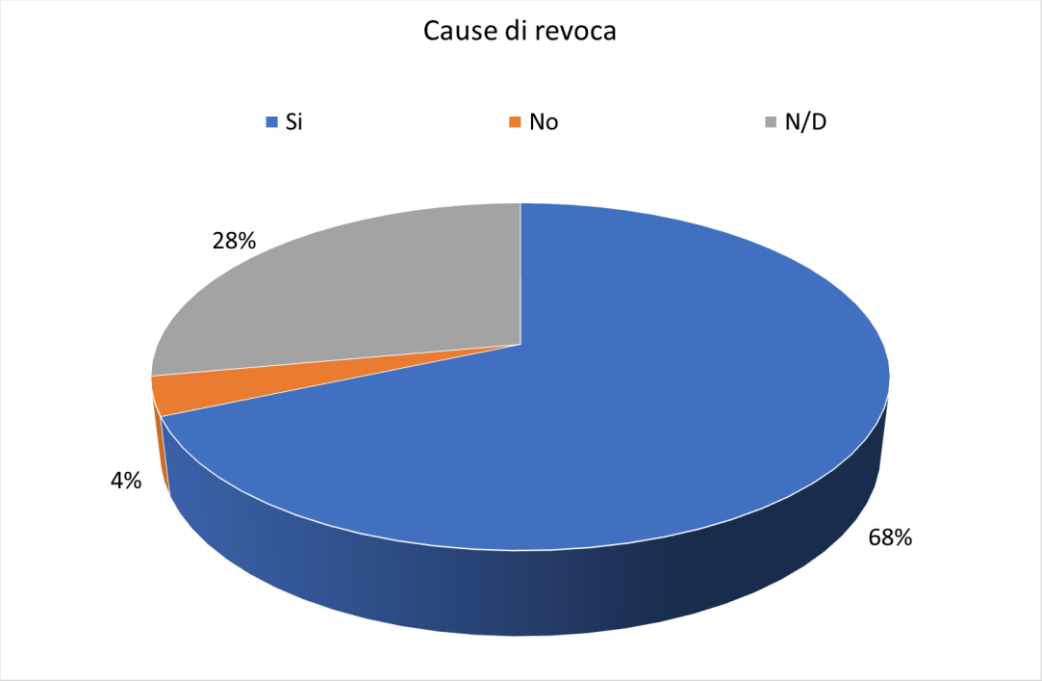


ASSONIME - Riproduzione riservata

Nel 52% dei casi il conflitto di interessi è previsto come causa di ineleggibilità/decadenza o revoca. Solo nel 3% dei casi è disciplinato come obbligo di informazione all'organismo e all'organo dirigente, con conseguente astensione dalle decisioni in cui sussiste il conflitto. Per il 45% delle società il dato non è tuttavia disponibile.



c) la predeterminazione nel modello organizzativo delle ipotesi di giusta causa di revoca

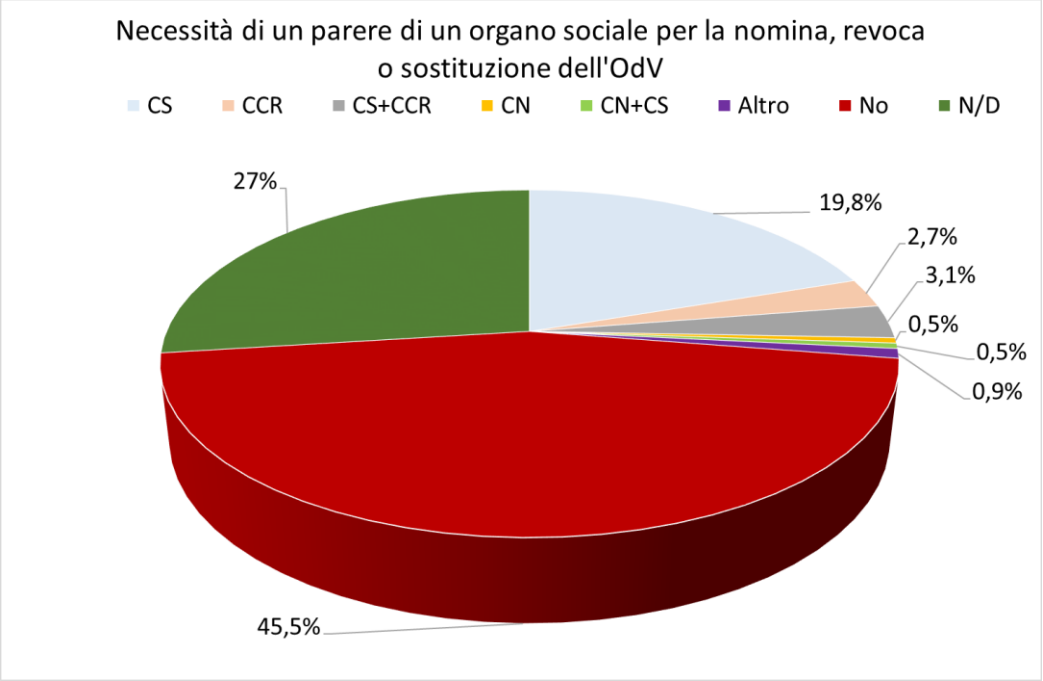


ASSONIME - Riproduzione riservata

Le società prevedono generalmente nel modello la possibilità di revocare i membri dell'OdV solo per giusta causa, indicando a titolo esemplificativo alcune cause. Tra queste in particolare, si segnalano: i) negligenza grave (es. mancata presentazione della relazione annuale; mancata partecipazione a due o più riunioni consecutive, mancato riferimento delle violazioni del modello); ii) interdizione, inabilitazione, infermità; iii) omessa o insufficiente vigilanza risultante da sentenza di condanna 231 verso la società; iv) violazione degli obblighi di segretezza; v) per il membro interno, cessazione del rapporto di lavoro o cambio mansioni incompatibili con i requisiti OdV.

Solo il 4% delle società non specifica nel modello le cause di revoca. In tal caso la revoca è rimessa alla piena discrezionalità dell'organo di amministrazione.

Dall'indagine, inoltre, emerge che nella maggior parte dei casi il consiglio di amministrazione non richiede il parere di alcun organo o comitato per disporre la revoca.



ASSONIME - Riproduzione riservata

La revoca dell'OdV come strumento di *enforcement*?

La revoca dell'incarico rappresenta un importante strumento di *enforcement* per assicurare il corretto adempimento dei compiti che la legge attribuisce all'organismo, anche alla luce del dibattito sull'incerta responsabilità dello stesso. Dottrina e giurisprudenza prevalente non riconoscono, infatti, una responsabilità penale dei membri dell'OdV per omesso impedimento di reati 231, non essendo ad essi riconosciuti dalla legge poteri impeditivi dell'evento. Sul piano della responsabilità civile si riconosce in astratto una responsabilità dell'organismo per inosservanza dei doveri propri, pur non essendo rinvenibili in giurisprudenza specifiche sentenze di condanna. In questa prospettiva, lo strumento della revoca può costituire una risposta efficace per ripristinare l'efficienza dei presidi organizzativi e l'equilibrio nel quadro delle responsabilità.

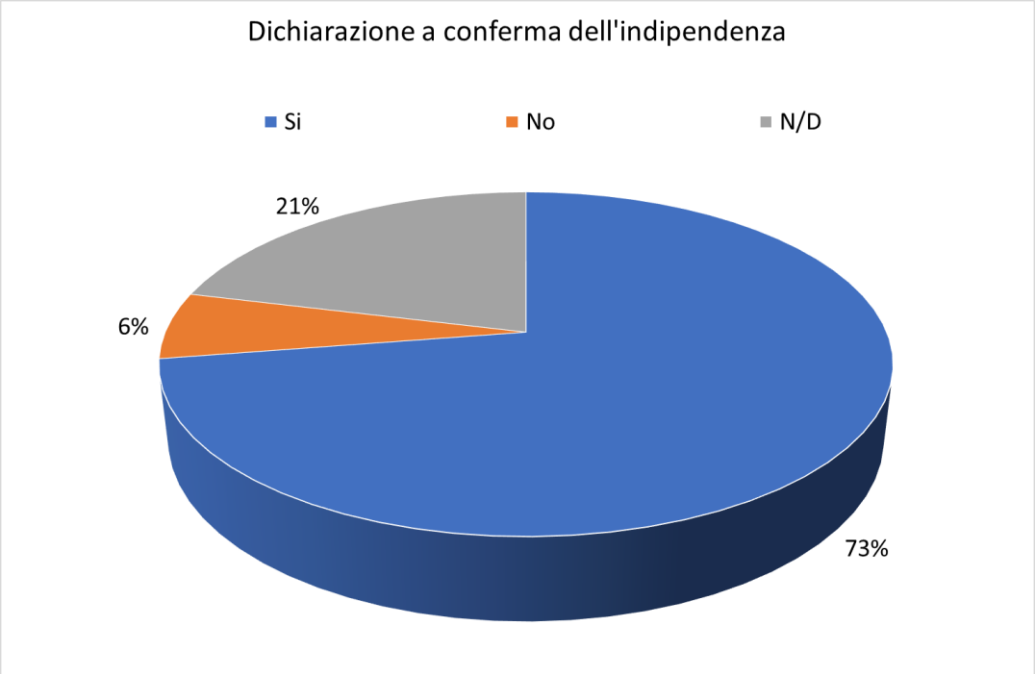
In particolare, la prassi collega la revoca per giusta causa dell'organismo alle ipotesi di inadempimento grave. Vale la pena sottolineare anche che costituisce giusta causa di revoca la condanna della società per un reato ai sensi del d.lgs. 231/01. La revoca dell'incarico, specialmente per il professionista esterno, rappresenta dunque un rischio reputazionale significativo.

L'indagine rivela anche che in molte società nomina e revoca sono rimesse alla valutazione dell'organo di gestione senza che sia richiesto un parere di un organo diverso. Costituisce, invece, buona prassi (seguita dal 27,5% delle società) quella di prevedere il parere dell'organo di controllo e/o di un comitato endoconsiliare per la revoca, al fine di scongiurare il rischio di un abuso dello strumento da parte del consiglio di amministrazione.

d) la richiesta di una dichiarazione a conferma dell'indipendenza dei membri dell'OdV all'atto di accettazione dell'incarico

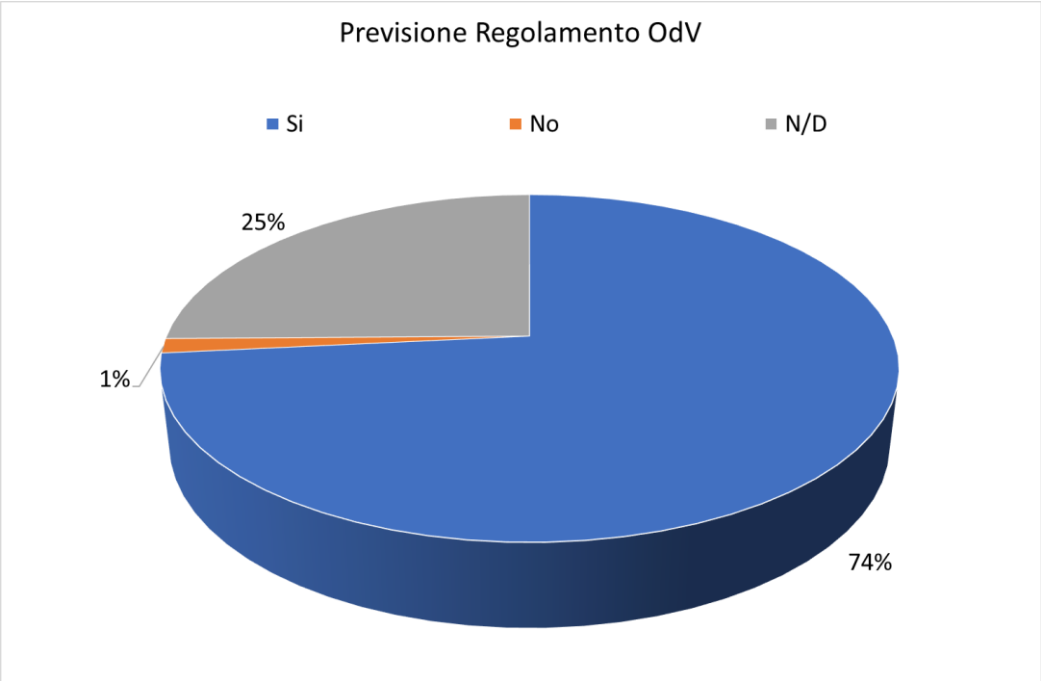
La maggior parte delle società richiede all'atto dell'accettazione dell'incarico una autodichiarazione circa il possesso dei requisiti necessari per ricoprire il ruolo di componente dell'OdV. Nel caso in cui l'OdV sia composto da amministratori indipendenti o membri del collegio sindacale tale dichiarazione è assorbita da quella rilasciata all'atto dell'accettazione dell'incarico nell'organo sociale.

ASSONIME - Riproduzione riservata



e) l'adozione di un Regolamento dell'OdV

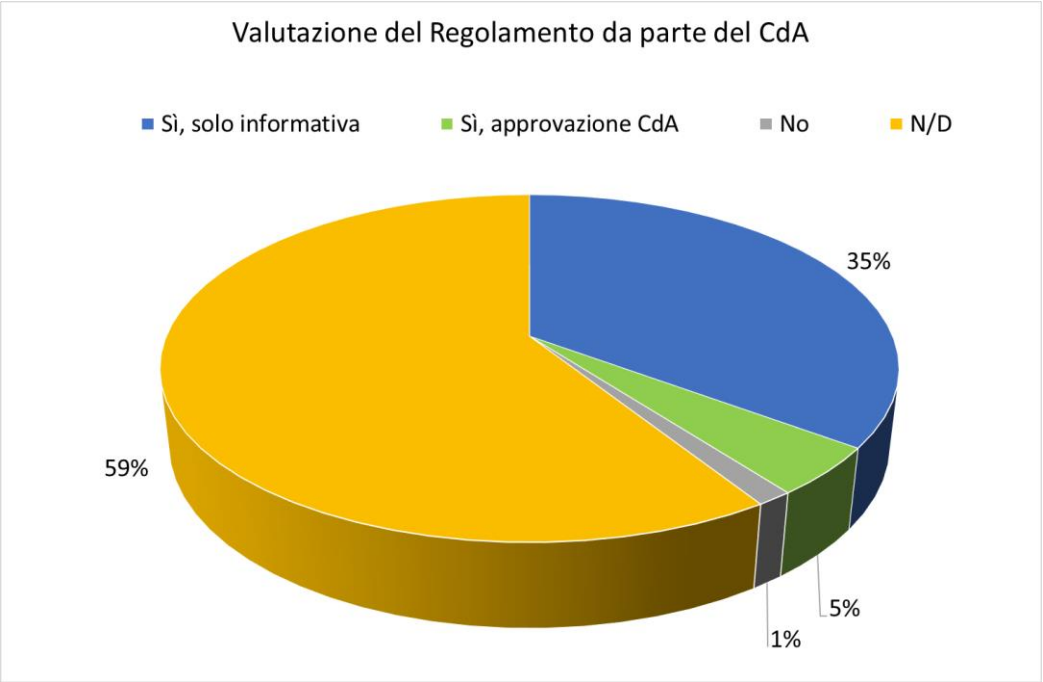
Per garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'organismo dal vertice societario nel 74% dei casi l'OdV adotta un proprio regolamento nel quale generalmente vengono disciplinate la cadenza delle riunioni, i criteri di votazione, la verbalizzazione, i flussi con gli altri attori del sistema dei controlli, ecc. Solo nell'1% delle società non è prevista l'adozione di alcun regolamento. Per il 25% del campione l'informazione non è disponibile.



ASSONIME - Riproduzione riservata

Il Regolamento costituisce un importante documento di autorganizzazione a garanzia dell'indipendenza dell'organismo e un utile strumento per il giudice per valutare in sede di accertamento della responsabilità dell'impresa l'effettività della vigilanza e l'efficacia dei controlli svolti, nella prospettiva di un adeguato assetto organizzativo. Un profilo critico è se per la sua efficacia tale Regolamento debba essere subordinato all'approvazione da parte dell'organo gestorio.

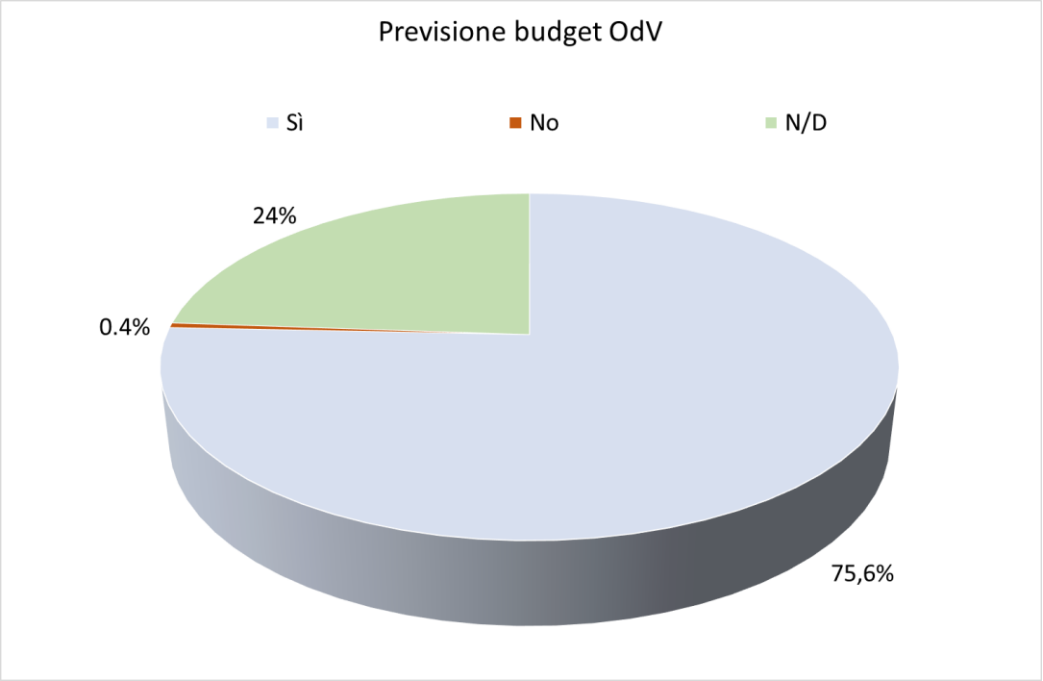
Nel campione esaminato solo nel 5% il Regolamento è soggetto a tale approvazione. Nel 35% dei casi è prevista solo un'informativa al consiglio, in ragione del fatto che in ogni caso il Regolamento deve essere coerente e integrato con le prescrizioni del modello organizzativo. Nel 59% dei casi l'informazione tuttavia non è disponibile.



f) la predisposizione di un budget

Il 75,6% delle società del campione assicura all'OdV una piena autonomia di spesa attraverso l'attribuzione all'OdV di un budget dedicato all'assolvimento dei propri compiti.

ASSONIME - Riproduzione riservata



Professionalità

Con particolare riguardo alla professionalità dei membri esterni dell'organismo generalmente le società richiedono: i) adeguate conoscenze tecniche, ispettive, consulenziali e di auditing; ii) competenze penalistiche (principalmente penali, societarie); iii) conoscenza ed esperienza nella materia 231 e nei settori di rischio propri di ciascuna impresa (es. sicurezza sul lavoro). Per le banche generalmente sono richieste competenze in materia bancaria e finanziaria.

Questi requisiti si traducono nella scelta di avvocati (39%); consulenti d'impresa (29%); commercialisti (25%); accademici (5%); magistrati a riposo (2%).

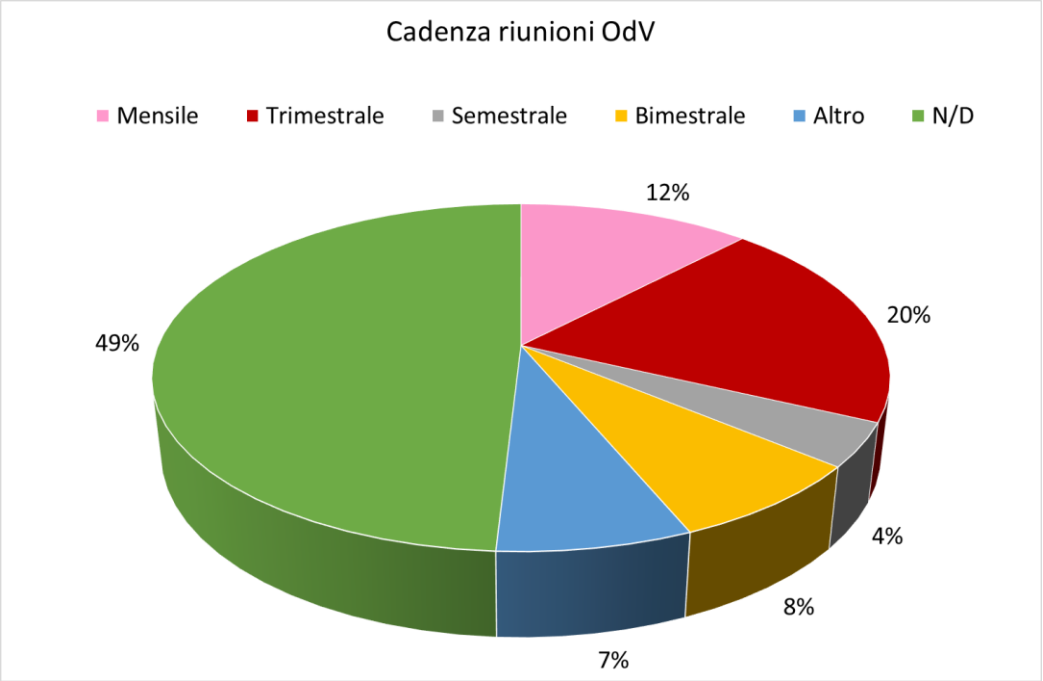
Una prassi riscontrata è quella di avere il penalista come consulente dell'OdV ma non membro. Generalmente il penalista è, infatti, impiegato dall'impresa nella fase di costruzione del modello organizzativo, oppure come ausiliario incaricato dallo stesso Odv per specifiche questioni. A prescindere dalla scelta effettuata si ritiene, tuttavia, importante che l'OdV interpelli il penalista anche nelle fasi di monitoraggio e vigilanza sul modello per capire in quali aspetti le procedure adottate possano risultare vulnerabili a condotte antigiuridiche.

ASSONIME - Riproduzione riservata

Continuità d'azione

La verifica del requisito della continuità d'azione ha riscontrato nell'indagine alcune criticità, in relazione al fatto che le informazioni relative alla cadenza delle riunioni e all'eventuale istituzione di una segreteria tecnica sono generalmente contenute nei regolamenti dell'OdV, raramente disponibili sui siti delle società. Tuttavia, dai dati raccolti emerge:

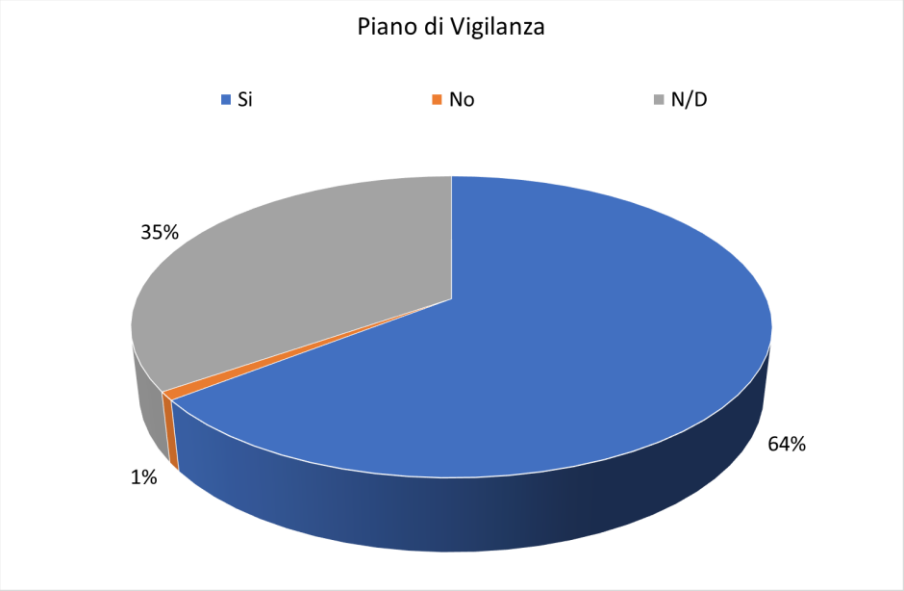
a) **una cadenza variegata del numero di riunioni**



Nella maggior parte dei casi, nel corso del 2020 il numero delle riunioni svolte è stato più alto di quello previsto nei modelli organizzativi o nei regolamenti degli OdV, in ragione delle specifiche riunioni straordinarie dedicate al tema specifico dell'emergenza Covid-19.

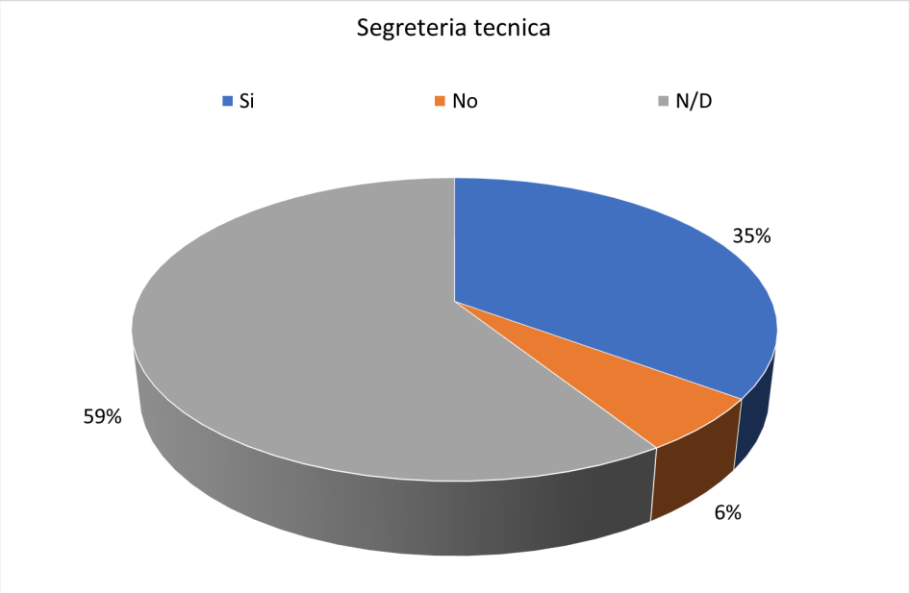
b) **la frequente adozione di un piano annuale di vigilanza sottoposto all'informativa dell'organo amministrativo**

ASSONIME - Riproduzione riservata



È da segnalare come la programmazione dell'attività di vigilanza sia considerato – unitamente alla predisposizione di adeguati flussi informativi – un elemento centrale in sede di valutazione giudiziale dell'operato dell'OdV. Una recente giurisprudenza ha considerato, tuttavia, la prassi di concertare e sottoporre non all'informativa, ma all'approvazione dell'organo dirigente il piano delle attività, come un indice che mina l'indipendenza dell'Organismo e ne depotenzia l'attività di controllo[32].

c) l'impiego di una segreteria tecnica

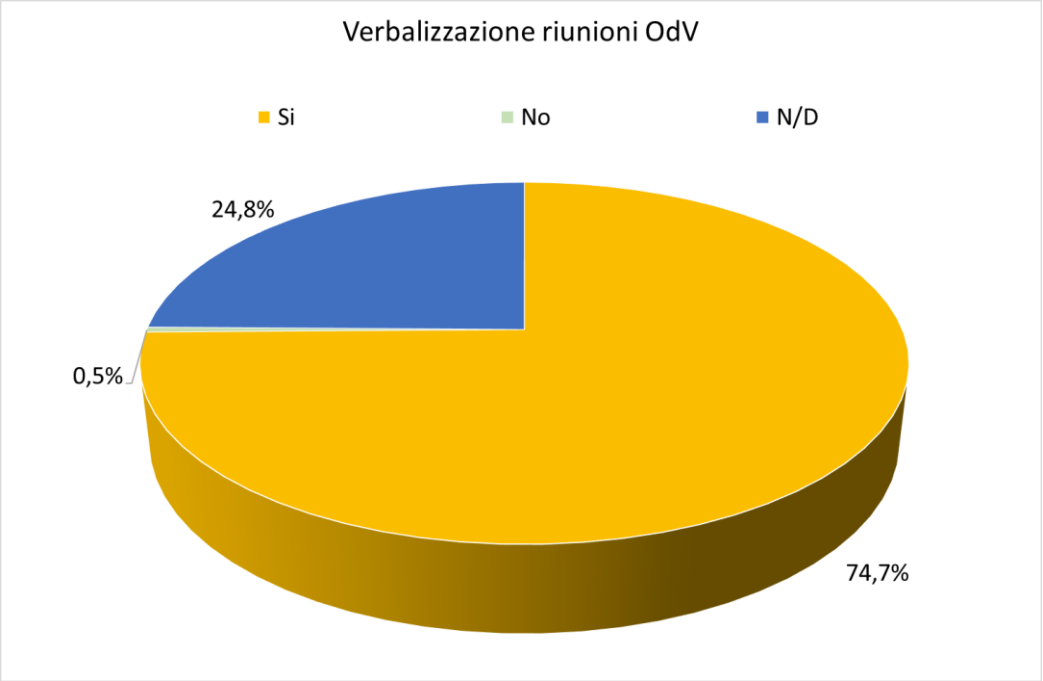


[32] In tal senso v. Trib. Vicenza, 19 marzo 2021, n. 348.

ASSONIME - Riproduzione riservata

Nelle società del campione le funzioni prevalentemente dedicate alla segreteria tecnica dell'Organismo di vigilanza sono rappresentate dalla funzione internal audit e dalla funzione compliance.

d) la costante verbalizzazione e tracciabilità dell'attività dell'organismo



Secondo la giurisprudenza la verbalizzazione dell'attività costituisce un elemento fondamentale per la valutazione dell'operato dell'organismo di vigilanza, essendo lo strumento per documentare i controlli da questo svolti e la loro efficacia[33].

3.3 Compiti e funzioni dell'Organismo

Ai fini del corretto funzionamento del sistema di responsabilità 231, il possesso dei requisiti dell'OdV deve risultare evidente non solo dalla lettera del modello, ma

[33] Ha recentemente affermato l'importanza della verbalizzazione nella valutazione dell'attività in concreto esercitata dall'OdV Trib. Vicenza 19 marzo 2021, n. 348. In dottrina, C. SANTORIELLO, *Autonomia, indipendenza ed operato dell'OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza*, in *Giurisprudenza Penale, 7-8, 2021*, segnala l'importanza a tal fine di verbalizzare non solo le attività ispettive che si sono concluse con l'accertamento di irregolarità, ma anche ogni forma ispettiva e di controllo, dando anche atto di quelle in cui non si sono rilevate criticità.

ASSONIME - Riproduzione riservata

soprattutto dall'ambito di operatività sostanziale dell'organismo stesso e dall'attività in concreto esercitata.

All'OdV spetta il compito di verificare costantemente l'effettività e l'efficacia del modello organizzativo, dei protocolli e del sistema dei controlli per la prevenzione del rischio di reato, anche in caso di aggiornamenti normativi e/o modifiche del contesto aziendale. Coerentemente con il sistema di governance delle società di capitali, in cui il potere gestorio è rimesso in via esclusiva in capo al consiglio di amministrazione della società, la legge non attribuisce all'OdV alcun potere di intervento diretto e impeditivo degli atti posti in essere in violazione del modello, né ad esso riconosce autonomi poteri disciplinari, dovendo questi limitarsi a segnalare le presunte violazioni all'organo amministrativo e a quello di controllo per gli opportuni provvedimenti[34].

L'attività di controllo dell'OdV nella giurisprudenza: riflessioni critiche

Secondo la giurisprudenza l'attività di controllo esercitata dall'OdV non deve essere "cartolare" e non deve ridursi ad un mero "simulacro" (Cass. Pen. Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677). Essa, piuttosto, deve consistere in "alta vigilanza" sulla correttezza della complessiva gestione del rischio (Cass. Pen. Sez. IV, 19 marzo 2012, n. 10702). Da queste affermazioni non si ricava, tuttavia, se spetti all'OdV un controllo diretto degli atti del potere gestionale o se questi debba limitarsi a vigilare sul rispetto delle regole precauzionali che l'ente si è imposto per prevenire il rischio-reato.

Nel senso di un ruolo di controllo sulla correttezza e legalità degli atti di gestione sembra esprimersi la pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. 30 gennaio 2014, n. 4667) che ha riconosciuto la responsabilità dell'ente, in una vicenda di aggiotaggio informativo commessa dagli apicali della società, in conseguenza della diffusione di un comunicato stampa non veritiero. La Corte ha ritenuto inadeguata la procedura sulle comunicazioni al mercato, nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'OdV di esprimere una "*dissenting opinion sul prodotto finito".* La stessa impostazione è stata seguita recentemente dal Tribunale di Milano (sent. n. 8 novembre 2019, n. 13490) che ha condannato un istituto di credito straniero per i reati di aggiotaggio e false comunicazioni sociali commessi da soggetti apicali, perché le procedure e i presidi di controllo predisposti non erano "*valsi a rivelare la vera natura del deal e a bloccarne l'approvazione".*

[34] Sul punto si rinvia, tra gli altri a A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Torino, 2018, 240 e ss.; ID, *L'Organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2020 118 e ss. e dottrina ivi richiamata.

ASSONIME - Riproduzione riservata

Questa lettura della giurisprudenza, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe indurre a snaturare la funzione attribuita dalla legge all'organismo e a riconoscere in capo ad esso l'esistenza di un obbligo di impedimento dei reati-presupposto[35].

Un'interpretazione maggiormente coerente con il dato normativo sembra essere quella di un'altra sentenza del Tribunale di Milano (sent. 7 aprile 2021, n.10748) che afferma la negligenza dell'OdV per aver "*sostanzialmente omesso i dovuti accertamenti funzionali alla prevenzione dei reati, indisturbatamente reiterati*". In particolare, il Tribunale ha riconosciuto l'inadeguatezza dell'attività dell'organismo, non tanto per non aver impedito l'operazione sospetta, quanto piuttosto per essere rimasto totalmente inerte a fronte delle segnalazioni provenienti dalle funzioni interne e dalle notizie di stampa, circa le criticità dell'operazione sospetta e l'avvio di indagini penali nei confronti del *management*.

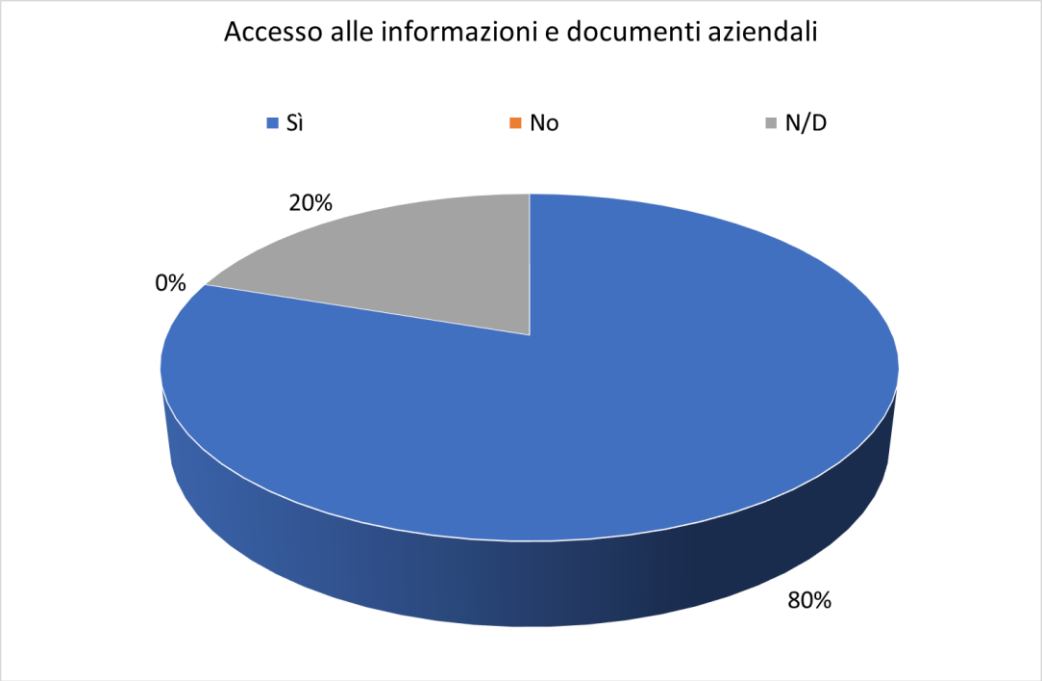
Alla luce di queste indicazioni il ruolo dell'OdV dovrebbe essere ricondotto alla sua originaria natura di funzione deputata all'efficace attuazione del modello organizzativo prevista dalla legge, evitando di riconoscere in capo ad esso poteri impeditivi dei reati.

Nonostante i pochi riferimenti normativi e le incertezze giurisprudenziali sui compiti e sulle funzioni dell'OdV, dalla prassi emergono importanti linee interpretative su come le società hanno inteso e configurato in concreto l'attività e i poteri dell'organismo. Sul punto, in particolare, l'indagine rileva che la maggior parte delle società del campione:

[35] Per una critica alla sentenza del Tribunale di Milano, 8 novembre 2019, n. 13490, v. E. FUSCO - B. FRAGASSO, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza di BMPS*, in *Sistema Penale*, ottobre 2020, 113 e ss. Secondo tali autori la vigilanza sull'adeguatezza e attuazione dei modelli organizzativi non dovrebbe indurre l'OdV a estendere il controllo al merito dell'attività gestoria, perché ciò aprirebbe il varco a potenziali forme di responsabilità omissiva, non previste dall'ordinamento e capaci di mettere in crisi tutto il sistema 231. Un'interpretazione del ruolo dell'OdV aderente alla normativa deve esaltarne il carattere di estraneità rispetto alla gestione: la non ingerenza nelle scelte degli amministratori è condicio sine qua non di autonomia e indipendenza, requisiti che devono sempre connotare i componenti dell'Organismo di vigilanza e, conseguentemente, l'organismo stesso.

ASSONIME - Riproduzione riservata

a) garantisce all'OdV accesso libero alla documentazione rilevante ai fini 231



L'80% delle società prevede espressamente nel modello organizzativo il potere dell'OdV di accedere liberamente a tutta la documentazione che ritiene possa essere rilevante ai fini della propria attività di vigilanza sul modello organizzativo e sul rispetto dei principi 231. Non si tratta generalmente del mero potere di chiedere atti e documenti (circostanza che si è verificata in un solo caso), ma del potere di avere accesso diretto alla documentazione ritenuta utile, senza il consenso o la previa informazione di organi e funzioni aziendali.

Accesso alle informazioni e strumenti digitali

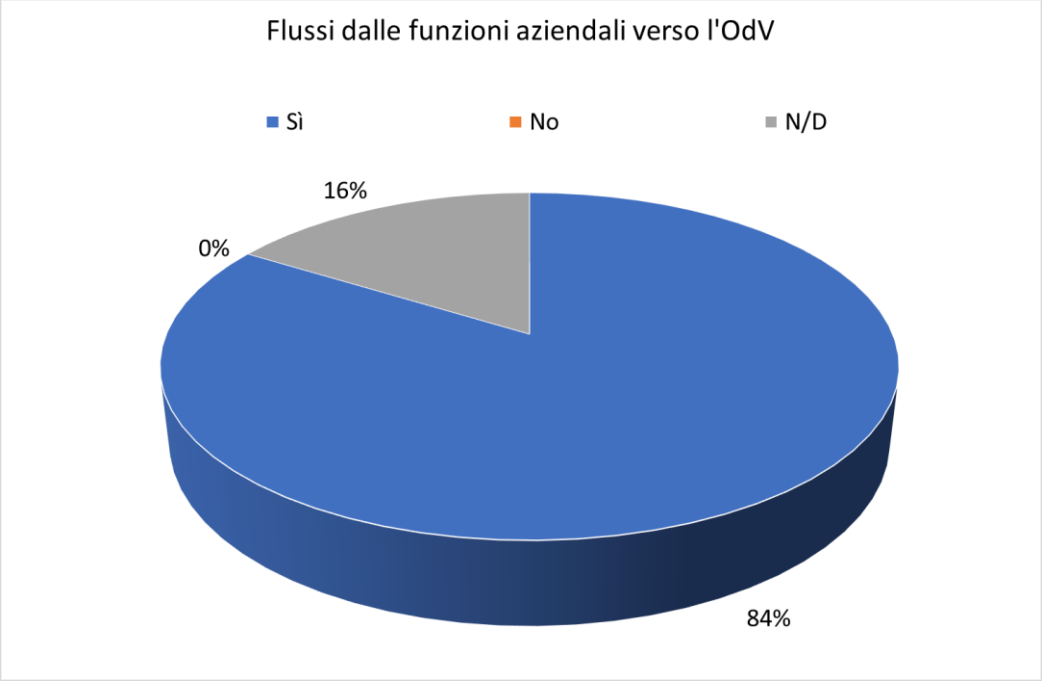
Il potere dell'OdV di accedere a tutta la documentazione aziendale è reso più agevole in quelle società (il 9% del campione) che adottano software applicativi per la digitalizzazione dei sistemi di controllo interno. Si tratta per lo più di piattaforme digitali e software di gestione dati e flussi che favoriscono l'interazione tra soggetti deputati al controllo in una prospettiva di gestione integrata dei rischi d'impresa, e un'informazione tempestiva costantemente aggiornata (*cloud computing*, *tool* di *database management system*, portali *web*, ecc.).

Dall'indagine è emerso come l'utilizzo di queste piattaforme o software di gestione dati

ASSONIME - Riproduzione riservata

ha favorito la gestione dei flussi da parte delle funzioni aziendali verso l'OdV. L'impiego di queste nuove tecnologie non solo garantisce una maggiore tracciabilità e trasparenza delle informazioni contenute all'interno dei sistemi ma permette anche una condivisione continua a coloro che ne hanno accesso.

b) attribuisce centrale rilevanza ai flussi informativi da e verso l'OdV

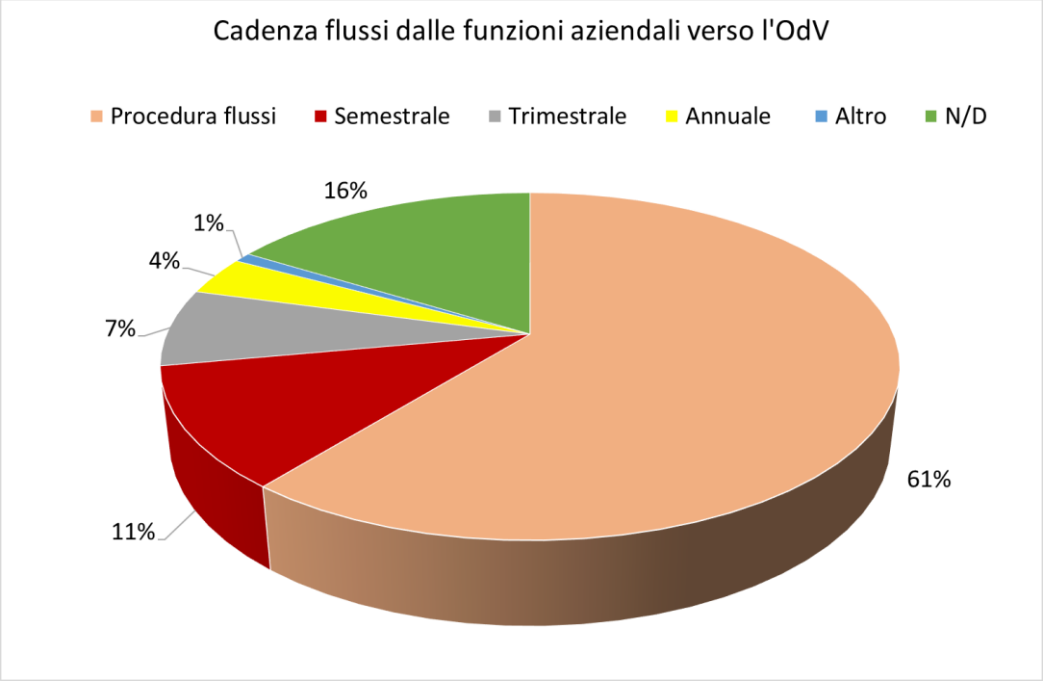


Centrale è la rilevanza attribuita ai flussi informativi nei Modelli organizzativi[36]. Con riguardo ai flussi che vanno dalla struttura verso l'OdV si distingue tra i flussi ad evento (in caso di criticità o rischio) e i flussi periodici. I flussi periodici – che sono comunicati dai responsabili delle diverse funzioni sulla base delle indicazioni pervenute dall'OdV – sono definiti dall'84% delle società del campione, mentre non è disponibile il dato per il rimanente 16%.

[36] L'importanza di questo profilo è stata riconosciuta anche da Trib. Vicenza, cit. che definisce i flussi informativi come la "piattaforma cognitiva dell'OdV".

ASSONIME - Riproduzione riservata

La tipologia di flussi periodici con l'indicazione delle tempistiche è stabilita nella maggior parte dei casi dal Regolamento dell'OdV o da una specifica "procedura Flussi" predisposta dall'OdV con l'ausilio della funzione Audit.



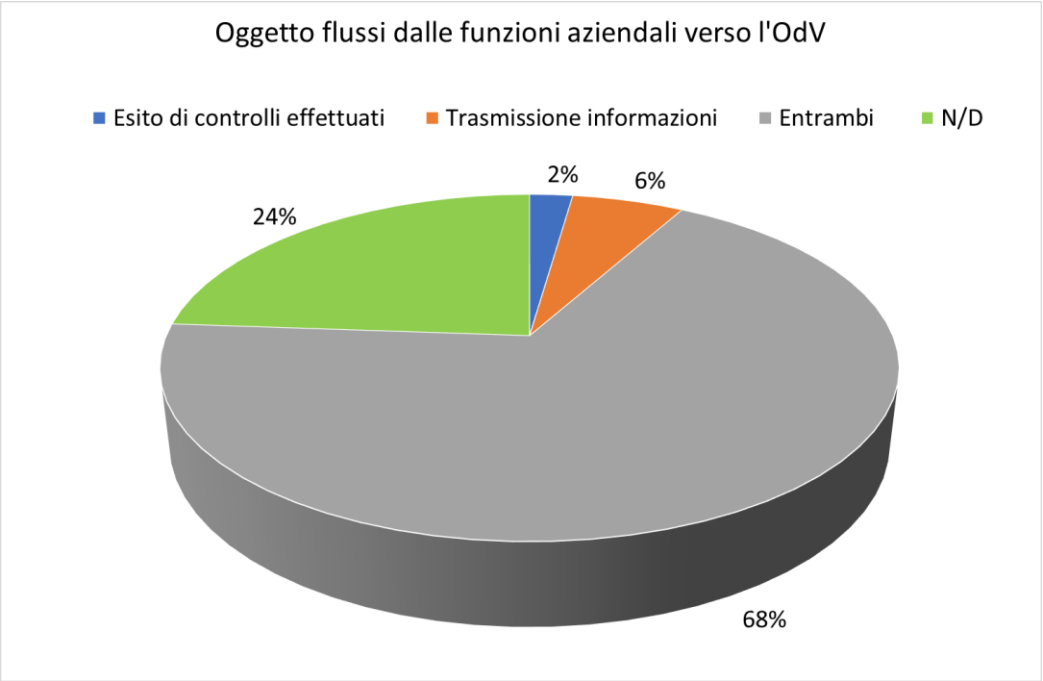
La cadenza dei flussi in genere varia in base alle funzioni coinvolte e alla valutazione del rischio di violazione per le aree sensibili dell'attività d'impresa, ed è definita da specifiche procedure (61%). Alcune società, invece, allineano il reporting da tutte le funzioni aziendali su base annuale (4%) semestrale (11%), trimestrale (7%).

c) prevede un controllo dell'OdV sia diretto sia su controlli svolti da altri

In linea con la lettura della giurisprudenza che attribuisce un ruolo di controllo all'OdV non formalistico e cartolare, emerge dall'indagine che nel 68% delle società del campione l'oggetto dei flussi e la conseguente attività di vigilanza svolta dall'organismo, riguarda sia il complesso di informazioni e documenti che possono avere rilevanza ai fini 231, valutati in autonomia dall'organismo; sia i report che sintetizzano l'esito di controlli svolti sulle attività a rischio reati, per le proprie competenze, dalle funzioni interne. Solo il 6% delle società dichiara invece che l'OdV

ASSONIME - Riproduzione riservata

svolge un controllo diretto su tutti i documenti e le informazioni rilevanti, mentre nel 2% dei casi l'OdV si affida soltanto ai controlli svolti dalle funzioni.



È da segnalare che nell'ambito dell'attività di vigilanza direttamente svolta dall'organismo, nella prassi esso si avvale di interviste ai dipendenti e ai responsabili delle funzioni aziendali, nonché di ispezioni generalmente programmate nel piano di vigilanza, svolte anche con il supporto della funzione audit o di professionisti esterni. Secondo la giurisprudenza, tuttavia, per garantire un'efficace azione di vigilanza, appaiono opportune anche verifiche e ispezioni non programmate[37].

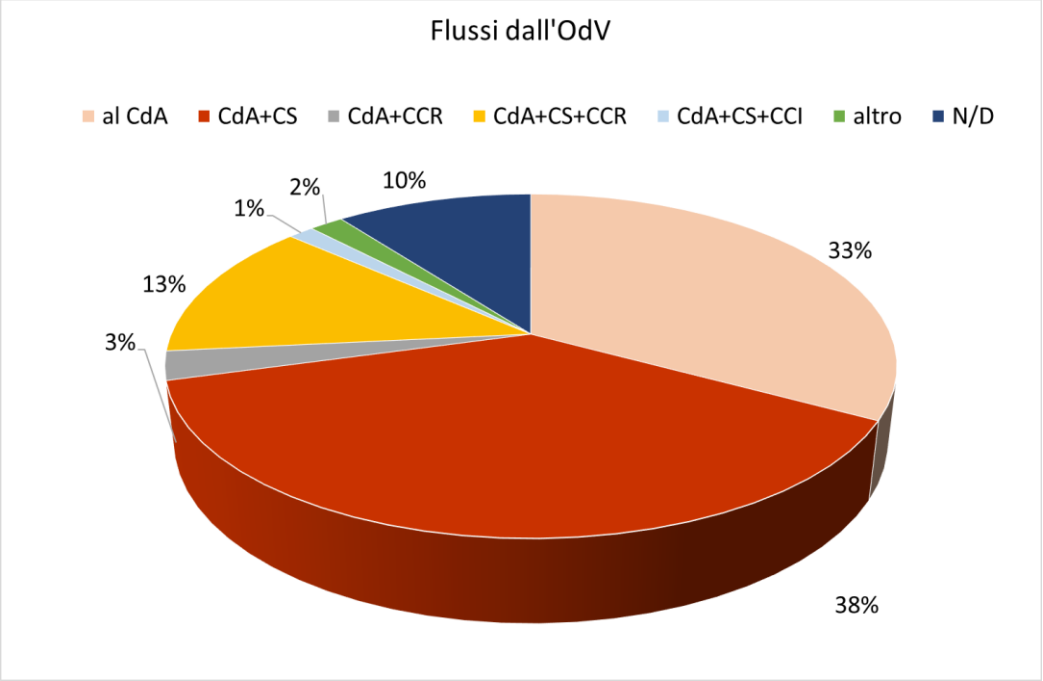
Inoltre, si distingue tra interventi ordinari, afferenti alla normale attività di verifica e monitoraggio, e interventi straordinari, effettuati in base a segnalazioni ricevute o in seguito al verificarsi di reati 231, o ancora, in presenza di evidenti sintomi di irregolarità prodromiche alla possibile commissione di eventuali reati.

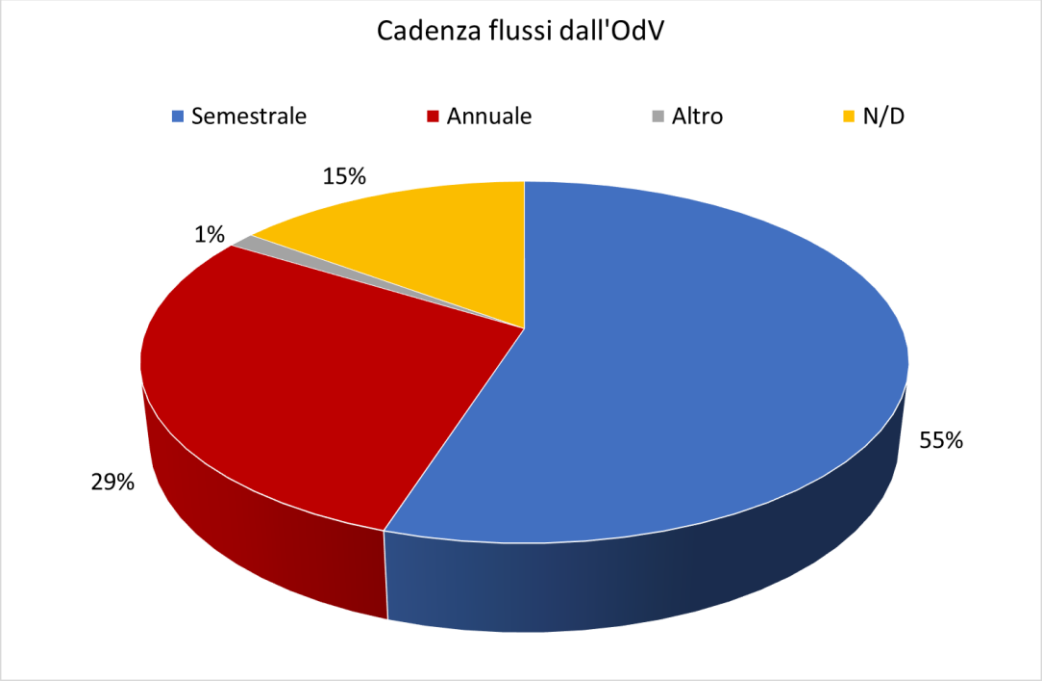
ASSONIME - Riproduzione riservata

[37] In tal senso v. Trib. Vicenza, 19 marzo 2021, n. 348; Trib. Milano, 20 settembre 2004; Corte d'Appello di Torino, 28 febbraio 2013.

d) istituisce linee di reporting dell'OdV agli organi sociali

I flussi dall'OdV ai vertici societari vengono anch'essi distinti in diverse categorie. La prassi evidenzia che intercorrono: i) flussi continuativi, in genere con l'amministratore delegato e con il Presidente del consiglio di amministrazione; ii) flussi periodici.
Con riguardo ai flussi periodici emerge dall'indagine che in tutte le società l'OdV riferisce dell'attività svolta al consiglio di amministrazione con cadenza principalmente semestrale.



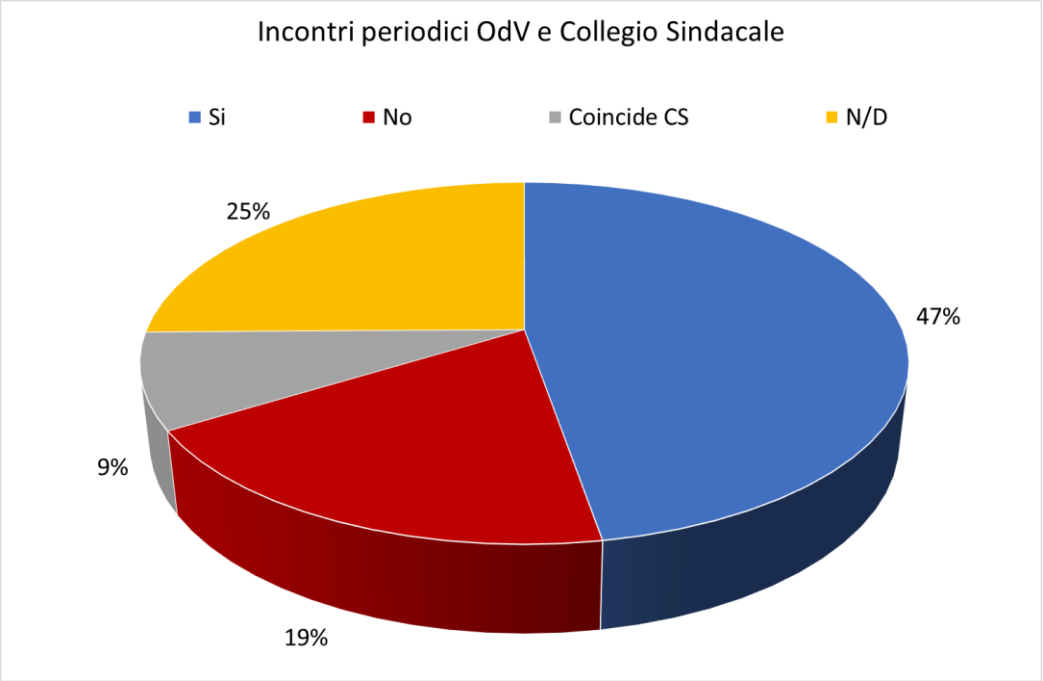


ASSONIME - Riproduzione riservata

Oltre che al cda l'OdV riferisce anche: nel 38% dei casi al collegio sindacale; nel 3% dei casi al comitato controllo e rischi; nel 13% al collegio sindacale e al comitato controllo e rischi; nell'1% al collegio sindacale e al comitato per il controllo interno; nel 2% anche ad altri comitati (es. comitato operazioni con parti correlate). Per il 10% del campione il dato non è disponibile.

e) formalizza incontri periodici tra OdV e collegio sindacale

Una buona prassi riscontrata nelle società (47% dei casi) è quella di prevedere periodici incontri con il collegio sindacale:



L'indagine rileva che anche quando non sono formalizzati incontri con il collegio sindacale, generalmente un sindaco partecipa alle riunioni dell'OdV e, in ogni caso sia l'OdV che il collegio sindacale possono reciprocamente richiedere informazioni e fissare incontri.

Alcune società nel corso delle interviste hanno, invece, dichiarato di ricorrere allo strumento del "*control day*", ossia un incontro, con cadenza generalmente annuale, cui partecipano tutti gli attori del sistema di controllo interno. Si tratta di una *best practice* molto utile per una piena sinergia in funzione di una gestione integrata dei rischi.

ASSONIME - Riproduzione riservata

3.4. L'OdV nei gruppi d'impresa

Il tema dell'attuazione della 231 nei gruppi è complesso e non sembra ancora trovare un'adeguata attuazione nella prassi. I dati disponibili non sono molti e la maggior parte delle società intervistate che appartengono a gruppi ha dichiarato che è difficile ancora assicurare un'adeguata compliance 231 a livello di gruppo, soprattutto nelle multinazionali con sedi estere in ordinamenti in cui non è prevista una disciplina analoga a quella prevista dal decreto 231.

E', tuttavia, da rilevare come i principi generali in tema di direzione e coordinamento introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003, producano rilevanti effetti anche nella disciplina 231. In quest'ottica è dovere della capogruppo verificare l'adeguatezza degli assetti organizzativi delle società del gruppo, da un lato, sollecitando l'adozione di modelli organizzativi omogenei e coerenti con le procedure della controllante, seppur adattandoli alle specificità della singola impresa; e dall'altro, garantendo un coordinamento tra gli OdV del gruppo attraverso adeguati flussi informativi.

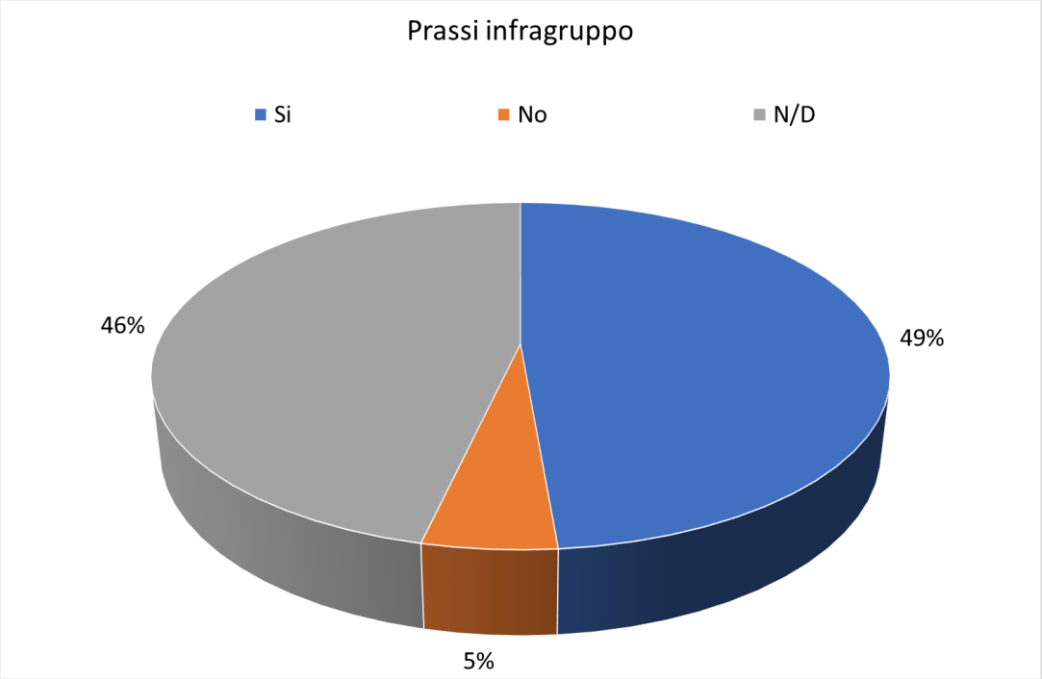
Sulla base delle informazioni disponibili, emerge un sufficiente livello di adeguamento nella prassi alle regole sull'OdV. Quasi sempre, infatti, sono istituiti organismi autonomi e non coincidenti con l'OdV della capogruppo. Solo in un caso, è previsto un unico OdV accentrato a livello di capogruppo che si interfaccia con i collegi sindacali delle singole società del gruppo al fine di assicurare un'attività di vigilanza e un'interpretazione del modello organizzativo coerente in tutte le società del gruppo.

Risultano anche alcuni casi in cui nell'ambito dei diversi OdV del gruppo ricorrono situazioni di coincidenza tra membri e altri in cui nelle società controllate è istituito un OdV monocratico identico per tutte le società del gruppo.

I dati raccolti in relazione all'attività dell'organismo di vigilanza nei gruppi d'imprese evidenziano, inoltre:

ASSONIME - Riproduzione riservata

a)l'adozione di prassi infragruppo

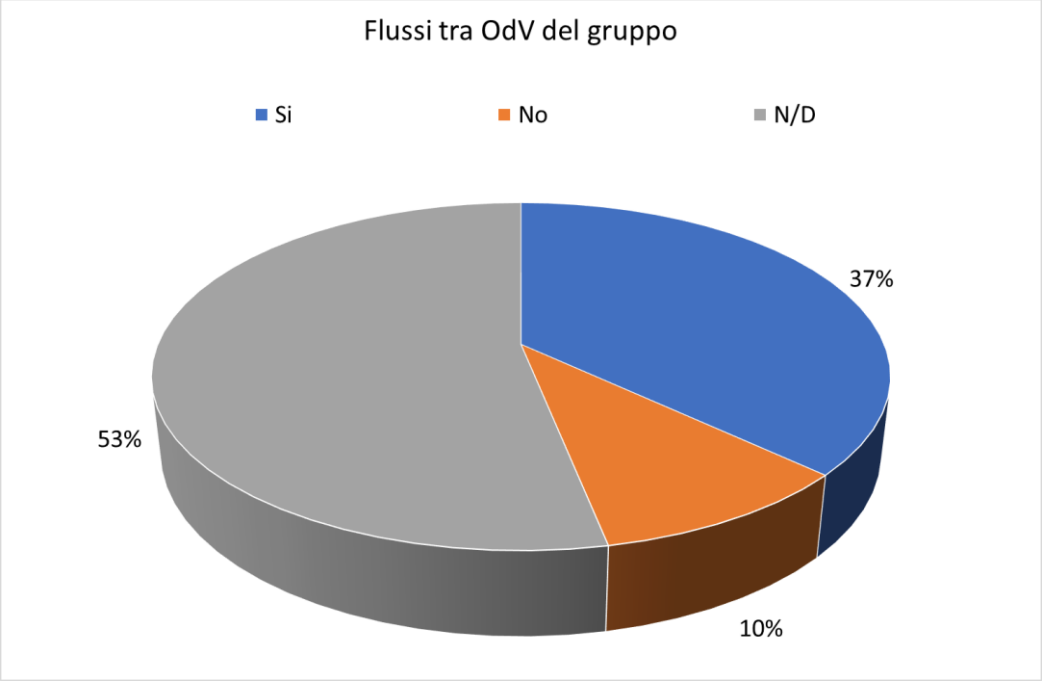


Dall'analisi dei dati emerge, dunque, di un ruolo proattivo della capogruppo nel definire Linee Guida e policy condivise anche attraverso la diffusione promozionale dei principi contenuti nel proprio modello organizzativo tra gli OdV del gruppo. Occorre, tuttavia, chiedersi fino a che punto la società capogruppo possa spingersi "nel suo ruolo di coordinamento" per non limitare l'autonomia delle proprie controllate. La questione nasce dall'evidenza che in alcuni casi, la società controllante non si limita ad un "mero coordinamento" ma si estende alla possibilità di controllo e verifiche mirate delle proprie controllate. Questa scelta, tuttavia, da un lato potrebbe incidere sull'autonomia dell'OdV di ciascuna società del gruppo, e dall'altro, espone la società controllante al rischio di essere ritenuta responsabile anche per violazioni 231 commesse nelle società del gruppo.

b) la previsione di flussi periodici e incontri tra OdV del gruppo

Ove disponibile, il dato evidenzia la tendenza nei gruppi a prevedere flussi informativi tra gli OdV del Gruppo (37%) con cadenza prevalentemente semestrale, annuale e periodica.

ASSONIME - Riproduzione riservata



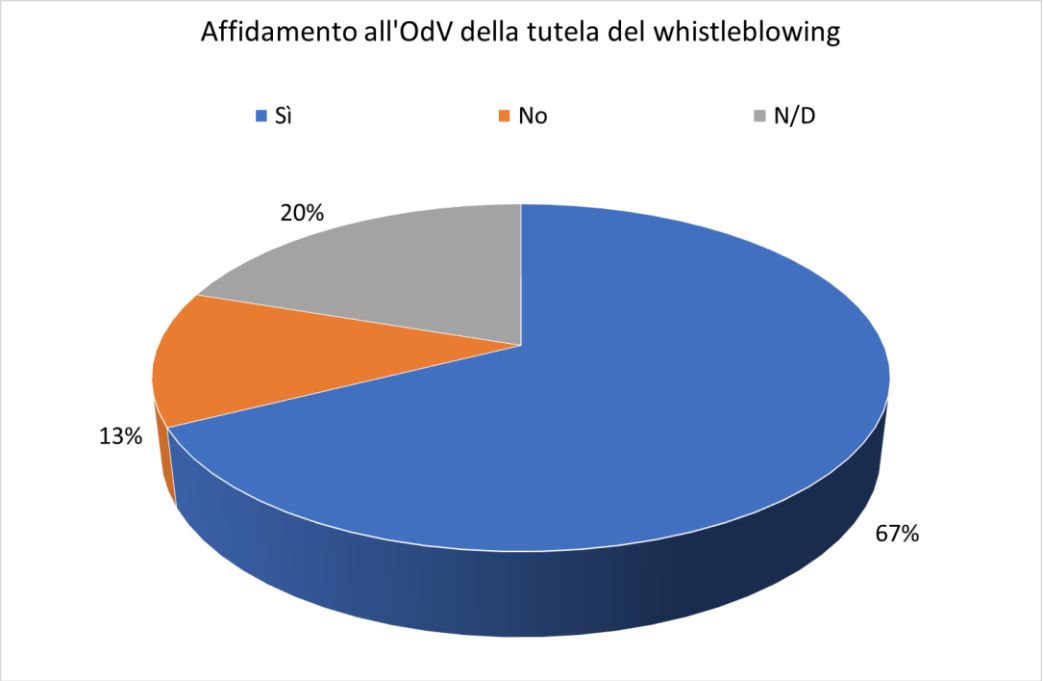
Per quanto riguarda lo scambio informativo tra gli OdV del gruppo una questione delicata è quella relativa al contenuto delle informazioni da circolare. Si ritiene che i flussi informativi dovrebbero avere ad oggetto solo le informazioni rilevanti nell'interesse del gruppo e non una condivisione generalizzata di informazioni che non abbiano una diretta rilevanza di gruppo. Se, ad esempio, una procedura si dimostrasse inadeguata in una società controllata sarebbe utile che tale informazione fosse oggetto dei flussi informativi al fine di consentire verifiche su eventuali procedure analoghe previste nelle altre società del gruppo. Diversamente, eventuali violazioni del modello in una società controllata per un reato non rilevante per altre società del gruppo, non dovrebbero costituire oggetto di informazione tra OdV del gruppo, al fine di evitare improprie risalite della responsabilità in capo alla società controllante.

3.5. Whistleblowing

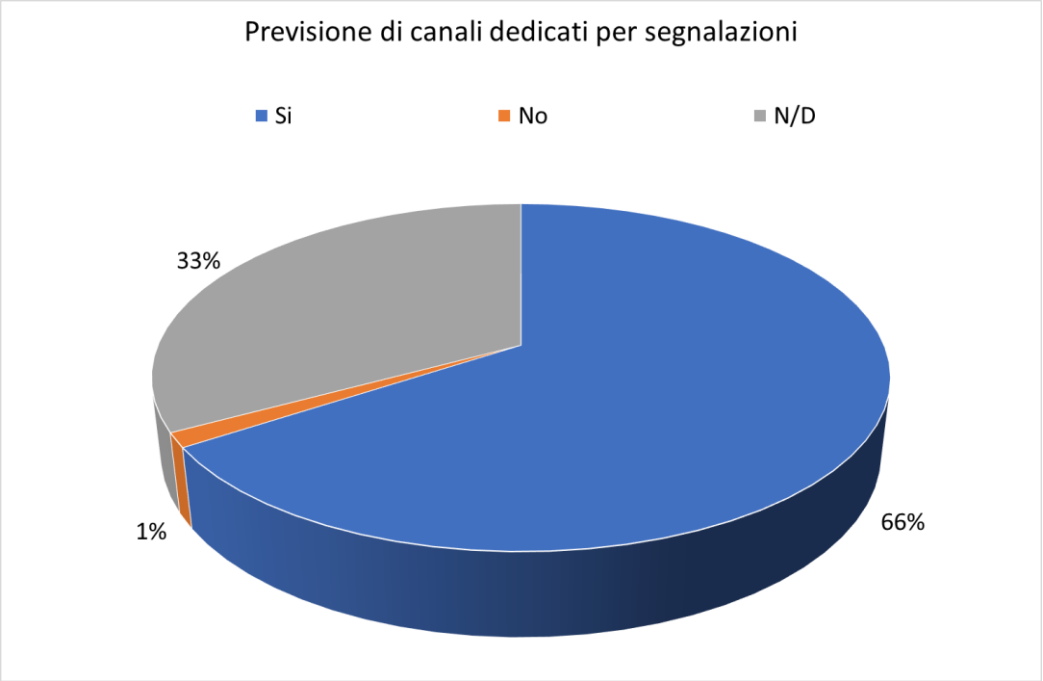
La disciplina del whistleblowing, introdotta nel nostro ordinamento dapprima per il settore pubblico dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 e successivamente, anche per il settore privato dalla legge 30 novembre 2017, n. 179, è strettamente collegata al tema dell'informazione e delle segnalazioni all'Organismo di vigilanza di eventuali violazioni del modello organizzativo. La disciplina whistleblowing si fonda su due aspetti centrali: i) la previsione di procedure specifiche per la gestione del flusso informativo; ii) la tutela del whistleblower.

ASSONIME - Riproduzione riservata

Con riguardo a questi aspetti l'indagine rileva che il 67% delle società affida all'Organismo di vigilanza la tutela whistleblowing. Il 13% ha optato, invece, per altri soggetti, tra cui in particolare l'internal audit o funzioni responsabili appositamente istituite. Per il 20% delle società il dato non è disponibile.



Il 66% delle società prevede canali dedicati per le segnalazioni tra i quali, in particolare: posta ordinaria; casella e-mail o pec; piattaforme elettroniche e linee telefoniche. Solo tre società hanno deciso di non istituire canali dedicati.



ASSONIME - Riproduzione riservata

Whistleblowing: informazione o segnalazione?

Sul tema della disciplina whistleblowing appare utile distinguere i concetti di "informazione" e "segnalazione". Le prime, infatti, comprendono le informazioni utili e necessarie allo svolgimento dei compiti di vigilanza affidati all'OdV. Le seconde, invece, si riferiscono a vere e proprie denunce attinenti la commissione di reati o comportamenti non in linea con quanto previsto dal modello, ovvero violazioni o sospetti di violazioni dei suoi principi generali. Queste ultime devono essere circostanziate e fondate su elementi di fatto, precisi e concordanti.

Dall'indagine emerge che molte società ritengono di essere compliant alla disciplina whistleblowing per il solo fatto di aver istituito un canale apposito per dare notizia di eventuali violazioni del modello. I due ambiti andrebbero, invece, tenuti distinti posto che non tutte le segnalazioni che vengono effettuate all'OdV sono da considerare rilevanti ai fini del whistleblowing. Sarebbe, dunque, buona prassi prevedere un diverso trattamento e distinguere i canali di segnalazione. Si tratta, infine, di un aspetto che dovrebbe essere oggetto di specifica attività di formazione.

ASSONIME - Riproduzione riservata