



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
mandato 2008 - 2012

area di delega: **CONSULENZA DIREZIONALE E**
ORGANIZZAZIONE AZIENDALE

MODELLI DI ORGANIZZAZIONE

EX D. LGS. 231/2001

DOCUMENTO n.2

A cura della Commissione Compliance aziendale

Consigliere Delegato: Giovanni Parente

Consiglieri co-Delegati: Domenico Piccolo

D.Lgs 231/01 necessità ed opportunità

Il decreto legislativo n. 231/01 ha introdotto, nel nostro ordinamento, interessanti elementi di novità disciplinando la responsabilità degli enti in aggiunta a quella della persona fisica autore dell'illecito penale.

Viene quindi sancita una responsabilizzazione di organismi societari di fronte alle previste fattispecie di reati che possono essere commessi nell'esercizio dell'attività degli stessi.

Istituita la responsabilità amministrativa degli enti, l'art. 6 del decreto stabilisce che l'Ente non ne risponde in caso in cui dimostri di aver adottato ed efficacemente attuato, prima dell'eventuale commissione del reato imputabile, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Si deve comunque precisare che la norma prevede l'adozione del Modello in termini di facoltatività e non di obbligatorietà (salvi rari casi regolamentati). Non è prevista, quindi, sanzione per la mancata adozione del modello ma in tal modo si espone l'Ente alla responsabilità per gli illeciti realizzati da amministratori e dipendenti.

La presa di coscienza di questa ipotesi induce quindi oculati amministratori ad adottare i modelli organizzativi che, insieme alla documentazione scritta dei passi e delle prassi seguiti per la costruzione del modello - in termini probatori -, consentono in caso di violazioni di legge di invocare la prevista esimente di responsabilità di fronte al Giudice.

Fatta questa breve introduzione, e rimandando a collegati lavori della Commissione Compliance Aziendale del C.N.D.C.E.C. l'esame più approfondito della legge e delle metodiche di costruzione dei modelli e delle attività successive connesse, in questa sede si vuole dare un'interpretazione sotto altre prospettive dell'introduzione del decreto nel nostro sistema normativo.

In particolare si vuole affrontare l'esame della norma guardando direttamente alle implicazioni del decreto nello svolgimento della professione del Dottore Commercialista e dell'esperto Contabile.

Sorge pertanto la domanda di quale possa essere il ruolo del Professionista Contabile (Dottore Commercialista ed Esperto Contabile) nell'affrontare e gestire il quadro normativo introdotto dal d.lgs. 231/01.

Possiamo evidenziare due punti di vista: quello professionale esterno, inteso come fattore interpretativo e propositivo del decreto verso la clientela, e quello professionale interno, inteso come **gestione degli incarichi ottenuti dalla clientela**.

Da qui la possibile affermazione che il d.lgs. 231/01 può essere professionalmente affrontato come una necessità da proporre (prospettiva esterna) ma anche, e forse soprattutto, come un'opportunità di offerta professionale.

La conoscenza approfondita da parte del Professionista del nuovo quadro normativo, quindi, comporta una fase di pre-valutazione del cliente cui sottoporre la necessità dell'adozione delle misure previste dal decreto.

Appare evidente che il fattore dimensionale dell'Ente comporterà un diverso atteggiamento del Professionista nella fase di informazione/proposta.

Entità di piccole dimensioni avranno la necessità, e quindi una proposta, di un supporto globale, completo e continuativo da parte del Professionista incaricato per la costruzione e gestione del Modello Organizzativo.

Entità di grandi dimensioni si avvarranno, affiancandoli alle funzioni aziendali interne, di più professionisti - in pool con altri ciascuno per singoli aspetti consulenziali - per affrontare i vari passi della costruzione del Modello Organizzativo e per gestire le funzioni di compliance.

La fase di proposta professionale si dovrà spostare successivamente all'esame dei vari passi per la costruzione del modello al suo monitoraggio ed alla sua gestione.

Bisognerà riuscire ad implementare e gestire un modello organizzativo, che in caso di coinvolgimento dell'Ente, si riveli adeguato allo scopo per cui è stato introdotto nell'organizzazione aziendale.

Riguardo la Organizzazione aziendale, vi è sempre tener presente la distinzione tra:

- l'Internal Audit che "valuta la funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni e che accerta, la regolarità dell'operatività e l'andamento dei rischi";
- e la Compliance che "verifica la coerenza dei processi con l'obiettivo di prevenire la violazione delle norme di etere ed autoregolamentazione, in un'ottica di presidio dei rischi di non conformità e di reputazione".

Il Professionista, quindi, studierà e proporrà all'Ente un Modello Organizzativo da fare adottare, adeguato all'esigenza per cui è esso stesso viene adottato, sforzandosi soprattutto di farlo intendere e considerare come un sistema di governance, non finalizzato alla severità del controllo dovuto all'adeguamento alle leggi, ma per fornire un supporto alla organizzazione ed alla gestione dell'azienda integrandolo con i vari sistemi di Controllo di Gestione

In tal modo si potrà dimostrare all'Ente cliente che l'adozione di un Modello Organizzativo apporterà un valore aggiunto nella valutazione globale del sistema dei rischi aziendali, e che potrà e dovrà essere utilizzato anche come strumento di comunicazione istituzionale societaria verso tutti gli stakeholder.

Una proposta efficace, sia per il cliente sia per il Professionista incaricato, potrebbe essere quella fare affidare le predette incombenze in *outsourcing* nella versione *facility*

¹ Vedi bozza lettera/informativa predisposta dalla Commissione per i clienti dello studio.

management, dimostrando che il Professionista stesso è in grado di affrontare l'adeguamento a tutti i dettati normativi, oltre ad una serie di offerte professionali conseguenti come il definire progetti di formazione ed informazione dei dipendenti e collaboratori assumendosi, ove possibile, direttamente l'incarico e le responsabilità per i compiti alla stessa società assegnati.

In quest'ottica, e stanti rapporti fiduciari con l'Ente, il Professionista potrebbe poi anche essere incaricato, in fase di gestione del Modello Organizzativo adottato, come componente dell'Organismo di Vigilanza.

L'Organismo di Vigilanza, previsto dall'art. 6 del decreto, infatti può essere svolto da sia funzioni interne aziendali ² che da soggetti esterni.

La scelta della composizione dell'OdV è molto delicata e caratterizzata da discrezionalità tale che porta a fattori critici soprattutto quando si valutano gli elementi essenziali di autonomia ed indipendenza dell'organo collegiale.

Già nelle sue Linee Guida la Confindustria ha dato un indirizzo preciso a tale riguardo.

Appare evidente la necessaria esclusione dalla potenziale nomina a membro dell'OdV dei soggetti che all'interno dell'Ente svolgano funzioni a rischio di commissione di reati per evitare identità delle figure di "controllore e controllato", ed anche i membri del Collegio Sindacale e/o Revisore Contabile, per la tipicità della loro funzione.

Altrettanto critica può essere la nomina di alcune Funzioni aziendali che siano, per lo svolgimento delle stesse, in costante conflitto di interessi con l'incarico da svolgere.

Più indicata può essere la nomina di Consiglieri e/o Soci che non abbiano funzioni attive o deleghe all'interno dell'Ente.

Considerato, quindi, che l'assunzione di tale funzione richiede elevati livelli di professionalità e deve garantire la massima e continua efficacia della compliance coniugati al requisito di autonomia ed indipendenza, è fuori di dubbio la necessità della scelta di componenti dell'OdV di esperti professionisti.

Una scelta indicata, pertanto, potrebbe essere quella di più professionisti che affianchino, in un mix bilanciato, un soggetto interno all'Ente.

In conclusione si può affermare che il d.lgs 231/2001, così affrontato, può consentire allo studio professionale di migliorare le proprie performance quali/quantitative affrontando i bisogni "latenti" dei clienti, cioè quei bisogni di cui il cliente non conosce l'effettiva importanza e non considera tali, fintanto che non abbia la possibilità di scoprire ed apprezzare i benefici che l'adozione di tale modello organizzativo - delegato a professionisti con specifiche competenze - apporta alla gestione aziendale.

Se questa attività viene percepita dal Professionista come una prospettiva professionale che produce profitto e soddisfazione, essa può rappresentare un importante fattore di competitività e di valorizzazione dello stesso Professionista e dei suoi collaboratori.

² Art. 6 lett. b) del d.lgs 231

AI CLIENTI DELLO STUDIO PROFESSIONALE

LORO SEDI

Oggetto: Modello di Gestione, Organizzazione e Controllo ai sensi del D.Lgs. 231/2001 - Codice Etico.

Con riferimento a quanto in oggetto, ci preghiamo di sottoporre alla Vostra cortese attenzione le novità introdotte con il D.Lgs. n. 231 dell'8/6/2001, e le conseguenti problematiche applicative.

Tale Decreto ha apportato radicali novità di cui tenere conto in materia di gestione e organizzazione dell'impresa, in quanto prevede pesanti sanzioni anche a carico degli enti per le condotte penalmente rilevanti commesse da soggetti legati all'ente stesso.

In particolare:

1. I destinatari della nuova disciplina.

Ai sensi dell'art. 1, D.Lgs. 231/2001, la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche si applica agli enti forniti di personalità giuridica, alle società (SpA-SapA-Srl-Snc-Sas) ed alle associazioni, anche prive di personalità giuridica.

2. La responsabilità penale dell'ente e le sanzioni introdotte.

L'antico brocardo *'societas delinquere non potest'* è stato definitivamente abbandonato: la società è esposta ad una responsabilità diretta in relazione a taluni reati commessi dai soggetti in posizione apicale (amministratori, direttori generali), dai dipendenti e dai collaboratori, anche esterni nell'esercizio delle varie attività d'impresa.

In tal modo, parallelamente alle sanzioni penali previste per chi ha commesso il Reato, il Decreto citato prevede una serie di misure sanzionatorie che colpiscono direttamente la società, anche se questa ultima non ha materialmente commesso alcuna condotta illecita (**cosiddetta "colpa dell'organizzazione"**).

In particolare, sono state previste delle sanzioni pecuniarie che, in base ad un peculiare calcolo in quote, variano da un minimo di € 52.000 ad un massimo di € 1.000.000, sanzioni recentemente raddoppiate dall'art. 39 della L. 262/2005, in caso di reati in materia societaria.

Tali sanzioni sono dunque già perfettamente idonee a colpire duramente anche la società più florida.

Unitamente (ed in aggiunta) a tali sanzioni pecuniarie, vengono disposte anche Sanzioni interdittive, espressamente progettate per paralizzare l'operato dell'ente responsabile ed escluderlo da ogni futura attività economica. Infatti, tali sanzioni possono consistere nell'interdizione dall'esercizio dell'attività: nella sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; nel divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; nell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi o l'eventuale revoca di quelli già concessi; nel divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Sono infine previste le sanzioni della confisca del prezzo o del profitto del reato e della pubblicazione della sentenza.

L'organo giurisdizionale competente ad instaurare il giudizio nei confronti dell'ente è il Giudice penale secondo le norme del Codice di Procedura Penale, con l'inevitabile conseguenza che la richiesta di applicazione di tali sanzioni verrà avanzata dal Pubblico Ministero, secondo parametri e procedure squisitamente penalistiche.

3. Le condotte criminose ed i soggetti responsabili.

La società è esposta, dunque, al rischio di rispondere con il proprio patrimonio e con la propria attività per i reati commessi dai soggetti ad essa legati. A tal riguardo, il legislatore ha predisposto un ventaglio molto ampio sia delle fattispecie criminose idonee a costituire una responsabilità per la società, sia dei soggetti ad essa legati che fanno scattare tale responsabilità.

Sotto il primo profilo, attualmente possono essere fonte di responsabilità per l'ente i seguenti reati, quando questi siano commessi a suo vantaggio: indebita percezione di erogazioni; truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche; frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico; concussione; corruzione; falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo; false comunicazioni sociali; false comunicazioni sociali in danno delle società, dei soci o dei creditori; falso in prospetto; falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione; impedito controllo; formazione fittizia del capitale; indebita restituzione dei conferimenti; illegale ripartizione degli utili e delle riserve; illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante; operazioni in pregiudizio dei creditori; indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori; illecita influenza sull'assemblea; aggrataggio; ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza; *market abuse* (introdotto dalla legge comunitaria 2004 n. 62/05); omessa comunicazione del conflitto d'interessi (introdotto dalla legge n. 262/05 sul risparmio); omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commesse in violazione delle norme antinfortunistiche per la tutela dell'igiene e della salute sui luoghi di lavoro (introdotti con l'art. 9 della legge 123/07 e poi modificati dal D.lgs. 81/2008); riciclaggio e reati informatici.

Oltre a tali reati, recentemente sono state aggiunte fattispecie criminose alquanto lontane dalla normale attività d'impresa, quali i delitti contro la personalità individuale (riduzione in

schiavitù, tratta e commercio di schiavi, alienazione e acquisto di schiavi, prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione) nonché i reati di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico.

Evidentemente, vi è una precisa volontà legislativa di introdurre una coscienza "etica" nei meccanismi gestionali dell'ente.

Sotto un secondo profilo, il legislatore considera quale soggetto legato all'ente non solo quel soggetto che ricopre all'interno di essa una carica di responsabilità (ad es.: amministratore), ma anche chi svolge in essa un'attività molto più limitata e circoscritta (il dipendente e, addirittura, il collaboratore esterno) e, addirittura, la persona che esercita o che concorre nell'esercitare, anche di fatto, la gestione ed il controllo dell'ente.

Si è già presentato, infatti, il caso del dipendente che, per ottenere una Promozione, ha corrotto un pubblico ufficiale al fine di far vincere una gara d'appalto alla società sua datrice di lavoro; in tal caso il dipendente è stato condannato per corruzione e la società, pur ignara, è stata oggetto di un giudizio, ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

4. Le cause di non punibilità: il Modello.

A fronte di tale panorama normativo, il legislatore ha introdotto una specifica causa di non punibilità a favore dell'ente, costituita dalla corretta ed idonea *adozione di un Modello di organizzazione, di gestione e di controllo*.

Tale documento, che assume la forma di un atto interno dell'ente approvato con delibera del C.d.A., deve racchiudere una serie di norme operative ed organizzative in grado di prevenire la commissione di reati da parte dei soggetti sopra indicati. In tal modo, dunque, l'ente si può proteggere dalle condotte illecite dei propri collaboratori o dipendenti.

Tuttavia, è necessaria una duplice attenzione; il Modello deve essere, in primo luogo, astrattamente in grado di prevenire la commissione di reati ed in secondo luogo, deve essere correttamente ed efficacemente applicato dall'ente. Visto sotto un altro profilo, ciò significa che la commissione di reati, da parte dei soggetti menzionati, è possibile soltanto mediante una violazione fraudolenta di detto Modello.

5. L'importanza di una pronta adozione del Modello.

Il *corpus* normativo in esame è entrato in vigore alla fine del 2001 e, nel corso di quasi otto anni di vigenza, è stato concretamente utilizzato da numerosi Tribunali, i cui Pubblici Ministeri hanno in più casi proceduto a chiedere la condanna dell'ente, il cui dipendente era stato imputato di uno dei reati sopra descritti. Ciò significa, dunque, che i Tribunali sono decisamente sensibilizzati a tale problematica e non esitano a censurare le omissioni organizzative dell'ente (v.si, per esempio, Trib. Pordenone, G.I.P., ord. 11/11/2002 in *Dir. Comm Internaz.*, 2003, pag. 193; Trib. Roma, G.I.P., ord. 4-14/4/2003 in *Guida al Diritto*, 31/2003, pag. 66 ss.; Trib. Milano, G.I.P., in *Il Sole - 24 ore*, 14/11/2003, pag. 31; Trib. Milano, G.I.P., ord. 28/04/2004, in *il Sole - 24 ore*, 14/11/2003, pag. 31 Trib. Milano, G.I.P., ord. 28/4/2004, in *il Sole 24 ore*, 29/04/2004; Trib. Milano, G.I.P., ord. 30/04/2004

in il *Sole 24 ore*, 01/05/2004 Trib. Milano, G.I.P., ord 25/01/2005, Trib. Milano, 31/07/2007, Trib. Milano n. 1774/08, in Il *Sole 24 ore*, 22/10/2008).

In tutti quei casi, le società imputate hanno dovuto adottare, in un clima di emergenza prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, un Modello di gestione, organizzazione e controllo che, unitamente al risarcimento integrale del danno, alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose ed alla messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca, potesse costituire una causa di non applicazione delle sanzioni interdittive, ferma restando l'applicazione di quelle pecuniarie.

Il vantaggio di un'adozione preventiva del Modello è, dunque, legato alla possibilità di esimersi dalla responsabilità derivante dalla commissione di reati ad opera di amministratori e dipendenti.

Costituisce, inoltre, un obbligo del Consiglio di Amministrazione provvedere all'adozione di siffatto Modello. per non incorrere in eventuali azioni di responsabilità intraprese dai soci o dalla società.

6. Modalità di redazione del Modello.

Le società di modeste dimensioni possono, per espressa disposizione legislativa, usufruire dei modelli organizzativi (eventualmente) predisposti dalle relative associazioni di categoria (dopo specifico adattamento). Invece, le società, e le sue controllate, dotate di un sistema organizzativo peculiare e di una notevole area di rischio, necessitano di un Modello di Organizzazione, gestione e controllo redatto su "misura". Modelli che lo scrivente studio è in grado di predisporre.

Proprio grazie ad un preciso *knw how*, ci permettiamo di descrivere quali saranno gli steps di redazione di tale Modello. Esso sarà predisposto seguendo le seguenti fasi :

- compilazione di un questionario. per individuare, assieme all'ente, le aree di rischio di commissione di reati;
- raccolta di tutto il materiale utile per la valutazione delle misure organizzative (analisi dei contratti stipulati: esame delle precedenti delibere del C.d.A.: esame dei libri sociali; analisi dell'attuale sistema di procedure e di certificazioni);
- redazione di un Codice etico aziendale, contenente le misure generali e le linee guida del Modello;
- individuazione di un organismo di controllo, interno alla società, deputato alla vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello ed al suo aggiornamento;
- redazione del Modello;
- verifica. assieme alla società, delle misure contenute nel Codice e nel Modello, con individuazione delle eventuali modifiche, tese ad ottenere il miglior rapporto fra organizzazione e semplicità;
- approvazione del Codice e del Modello da parte del C.d.A.

Senza dilungarci, ci preme segnalare che l'aspetto più importante e delicato dell'intero lavoro consiste nell'individuare le soluzioni organizzative che garantiscano allo stesso tempo la

pronta funzionalità dell'ente, evitando un blocco delle attività, e la congruità con le finalità legislative, evitando che un organo del Tribunale penale possa giudicare il Modello inutile o non applicato.

7. I vantaggi nell'adozione di un Modello.

Una pronta redazione del Modello, redatto ai sensi del D.lgs. 231/2001 e del D. lgs. 81/2008, sotto un primo profilo, consente alla Società di preconstituire una causa di non imputabilità, ma sotto un secondo ed altrettanto rilevante motivo consente alla Società di organizzare e formalizzare le procedure esistenti, rilevando i rischi aziendali ed ottimizzando i cicli produttivi esistenti.

Con l'adozione di un Modello, quindi, la Società ottiene due importanti risultati: il primo - immediato - è costituito dalla protezione ai sensi del D.lgs. 231/2001, il secondo - mediato - è costituito dalla verifica e dall'ottimizzazione dell'intera attività produttiva e gestionale, con la possibilità di ottenere un significativo abbattimento di costi di gestione.

Infine, si segnala che la predisposizione del Modello, ai sensi dell'art. 30, comma 7, del citato D.lgs. 81/2008 può anche usufruire di importanti finanziamenti, sui quali è opportuno dedicare un apposito esame.

Rimanendo a disposizione per ogni chiarimento, cogliamo l'occasione per porgere i nostri migliori saluti.