

I CONTROLLI INTERNI *EX ANTE* ED *EX POST*: IL RUOLO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Alessandro De Nicola, Senior Partner, Orrick, Herrington & Sutcliffe
Ivan Rotunno, Avvocato, Orrick, Herrington & Sutcliffe

1. Introduzione

Il Libro Verde sulla *corporate governance*¹ predisposto dalla Commissione Europea ha individuato tra le concause della recente crisi dei mercati finanziari la scarsa attenzione degli organi direttivi delle istituzioni finanziarie al tema del controllo interno ed alla diffusione della cultura del rischio.

Il corretto funzionamento del sistema dei controlli interni dovrebbe avere come risultato quello di migliorare l'assetto organizzativo e operativo delle società; infatti, detto sistema è stato pensato come un insieme di regole, procedure e strutture organizzative volte ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali, l'efficacia ed efficienza dei processi aziendali, la salvaguardia del valore del patrimonio aziendale, l'affidabilità e integrità delle informazioni contabili e gestionali².

Ciononostante, la Commissione Europea ha osservato che questo sistema articolato sia stato percepito dalle istituzioni finanziarie più come un mero dovere di conformità alla normativa tempo per tempo vigente, piuttosto che come un'occasione di realizzare un efficiente sistema di governo societario³.

Per questa ragione, lo spirito di riforma che anima il Libro Verde indica come unica soluzione percorribile per realizzare un sistema di *corporate governance* realmente funzionante ed efficiente l'innalzamento del livello di responsabilizzazione dei soggetti coinvolti nei più importanti processi decisionali della società⁴.

Alla luce di quanto sopra non si può non concordare con i rilievi mossi dalla Commissione Europea agli attuali sistemi di *corporate governance*; pertanto, gli attori

¹ "The traditional definition of corporate governance refers to relations between a company's senior management, its board of directors, its shareholders and other stakeholders, such as employees and their representatives. It also determines the structure used to define a company's objectives, as well as the means of achieving them and of monitoring the results obtained", Corporate governance in financial institutions and remuneration policies, Green Paper, COM(2010) 284 final, p. 3.

² Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio, Banca d'Italia, 14 aprile 2005.

³ "However, the existing rules and recommendations are based first and foremost on supervisory considerations and focus on the existence of adequate internal control, risk management, audit and compliance structures within financial institutions. They did not prevent excessive risk-taking by financial institutions, as the recent financial crisis demonstrated" Corporate governance in financial institutions and remuneration policies, Green Paper, COM(2010) 284 final, p. 2.

⁴ "The Commission considers that an effective corporate governance system, achieved through control mechanisms and checks, should lead to the main stakeholders in financial institutions (boards of directors, shareholders, senior management, etc.) assuming a higher degree of responsibility", Corporate governance in financial institutions and remuneration policies, Green Paper, COM(2010) 284 final, p. 5.

del sistema del controllo interno⁵, che non adempiendo propriamente ai compiti cui erano chiamati *ex lege* hanno contribuito al palesarsi della crisi, dovranno ora realmente contribuire alla diffusione della cultura del controllo come strumento per creare valore per le singole società e per il mercato.

Nel prosieguo di questo articolo si cercherà di evidenziare quale possa essere il ruolo riservato all'Organismo di Vigilanza *ex d.lgs. 231/2001* (di seguito anche l'“OdV”) nel sistema dei controlli attualmente esistenti.

2. Il ruolo dell'OdV nel sistema dei controlli interni

Nelle società di capitali è possibile individuare un canone *standard* che contraddistingue il modello-base di amministrazione e controllo che, come suggerito da autorevole dottrina⁶, generalmente si articola in tre livelli:

1. cura dell'adeguatezza organizzativa;
2. valutazione e controllo di correttezza gestionale;
3. vigilanza sul controllo di legalità.

L'attuale panorama normativo è tuttavia caratterizzato da sovrapposizioni e commistioni di competenze tra organi e funzioni e spesso le istanze di coordinamento⁷ tra gli attori del sistema di controllo sono trattate settorialmente solo da fonti di natura secondaria o di origine regolamentare⁸.

Sul punto si osserva che il quadro dei controlli interni disegnato dalle disposizioni che si sono succedute nel tempo, piuttosto che focalizzarsi sull'aumento degli adempimenti, avrebbe dovuto dedicare maggiore attenzione sia a temi quali la trasparenza e completezza della rappresentazione dei cd. rischi inerenti (*inherent risk*), vale a dire i rischi rispetto ai quali l'impresa è per sua natura esposta per il fatto di operare con un proprio *business model*⁹, sia ai presidi da attuare per neutralizzare o, almeno, fronteggiare al meglio tali rischi.

Un ruolo importante, in questo senso, può essere svolto dall'OdV, “*organismo dell'ente*” che ha per scopo l'assorbimento di uno specifico tipo di rischio¹⁰ e che, una volta istituito, dovrebbe diventare il garante dell'efficace attuazione¹¹ del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo¹² (d'ora in poi anche il “Modello”) svolgendo un oggettivo esame delle evidenze con lo scopo di ottenere una valutazione indipendente dei processi di gestione del rischio, di controllo o di *governance* dell'organizzazione.

⁵ Per un'analisi dei ruoli dei vari soggetti deputati al controllo della legalità e della gestione dell'impresa, sia consentito rinviare a DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Milano 2010, pp. 93 ss..

⁶ MONTALENTI, in COTTINO-BONFANTE, *Il nuovo diritto societario. Commentario*, Bologna 2009, pp. 643 ss..

⁷ MARCHETTI, in AA.VV., *Il sistema dei controlli societari: una riforma incompiuta?*, Milano 2008, p. 15.

⁸ Interessanti spunti sono contenuti nel Regolamento ISVAP 20 marzo 2008, n. 20, che collegando le regole aziendalistiche con i precetti normativi prevede la collaborazione ed il coordinamento degli organi di controllo da attuarsi mediante lo scambio di ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti.

⁹ REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 663.

¹⁰ SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano 2002, p. 314.

¹¹ PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, società delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 848; SFAMENI, *Responsabilità amministrativa da reato dell'ente e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed Organismo di Vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 89.

¹² Nel testo, in linea con quanto affermatosi nella prassi, si utilizza la locuzione Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo al singolare sebbene per esso si debbano intendere sia i modelli *ex art. 6* sia quelli *ex art. 7 d.lgs. 231/2001*.

Nello svolgere questa attività non si deve però dimenticare che l'OdV *“non dovrà avere compiti operativi”*¹³ e, quindi, esso non interverrà mai direttamente nella preparazione o modifica di protocolli o deleghe o poteri all'interno dell'azienda.

Tuttavia, sempre con riferimento ai compiti operativi propri dell'OdV, particolarmente controverso è il tema del potere/dovere di infliggere sanzioni in caso di violazioni accertate. Sebbene si ritenga che l'OdV non sia l'organo deputato ad infliggere direttamente le sanzioni disciplinari per la violazione del Modello, sul punto il Codice di Comportamento di Assogestioni¹⁴ e la sentenza del Tribunale di Trani dell'11 gennaio 2010 si esprimono in senso contrario; infatti, per Assogestioni, *“l'Organismo di Vigilanza provvede direttamente al procedimento sanzionatorio ovvero può delegarlo, solamente qualora l'autore sia un dipendente della società, al responsabile del personale”*. Mentre per il Tribunale di Trani, sezione distaccata di Molfetta, *“[...] è chiaro che il Modello teso ad escludere la responsabilità societaria è caratterizzato anche dal sistema di vigilanza che, pure attraverso obblighi diretti ad incanalare le informazioni verso la struttura deputata al controllo sul funzionamento e sull'osservanza, culmina nella previsione di sanzioni per le inottemperanze e nell'affidamento di poteri disciplinari al medesimo organismo dotato di piena autonomia”*¹⁵.

Entrando maggiormente nel dettaglio pratico, le principali attività che la prassi ormai consolidata in materia riconosce come proprie dell'OdV sono:

1. attività di informazione e formazione del personale dipendente e dei collaboratori, dei soggetti apicali e dei subordinati;
2. attività d'analisi volte ad accertare la concreta coerenza fra i comportamenti aziendali tenuti e quelli indicati nel Modello;
3. attività di aggiornamento del Modello¹⁶.

L'attività di informazione si deve ritenere adeguatamente svolta sia istituendo appositi flussi verso gli organi sociali e le funzioni maggiormente coinvolte nel controllo interno, sia fornendo chiarimenti a tutte le unità organizzative in merito al significato e all'applicazione degli elementi del Modello Organizzativo. In particolare, oggetto del *reporting* verso gli organi sociali sono sia le attività svolte dall'OdV sia le eventuali criticità rilevate.

Il d.lgs. 231/2001 dispone, altresì, obblighi di formazione tra i destinatari del Modello con l'obiettivo di assicurarne un'adeguata conoscenza, comprensione ed applicazione da parte dei dipendenti, dei dirigenti, consulenti e soggetti terzi in genere che intrattengono rapporti commerciali con la società.

In questo ambito, l'OdV deve perciò verificare l'adozione di opportune iniziative finalizzate alla divulgazione e conoscenza del Modello e alla formazione e sensibilizzazione del personale sull'osservanza delle norme¹⁷ nel senso sopra specificato, anche attivandosi insieme con il responsabile delle risorse umane a pianificare appositi corsi¹⁸.

¹³ Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, p. 317.

¹⁴ *Contra*, Linee Guida Assogestioni (2007), p. 13, per le quali *“l'Organismo di Vigilanza provvede direttamente al procedimento sanzionatorio”*.

¹⁵ Pubblicata in *Società*, 2010, p. 1117.

¹⁶ DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Milano 2010, pp. 93 ss..

¹⁷ Linee Guida ABI (2010), p. 47: *“sarà cura dell'OdV garantire piena diffusione delle regole aziendali”*; AODV (2010), p. 4: *l'OdV controllerà anche “il coinvolgimento del management nell'ambito della diffusione delle prescrizioni del Modello”*.

¹⁸ Secondo le Linee Guida ABI (2010), p. 48, l'OdV potrà, altresì, verificare l'idoneità delle proposte formative alle finalità preventive del Modello.

Con riferimento alle attività di cui *sub* 2, il comma 2 dell'art. 6 richiede l'istituzione e la formalizzazione di specifici "obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare", essendo tali informazioni necessarie per accertare la coerenza tra precetti del Modello ed effettivi comportamenti.

In particolare, tale obbligo ha come destinatari ogni singola funzione aziendale e ogni dipendente che venga in possesso di informazioni rilevanti o a conoscenza di transazioni difformi o non adeguate rispetto gli *standard* comportamentali indicati nel Modello.

L'importanza di tale ultimo precetto è stata ribadita anche dalla giurisprudenza¹⁹ che, tra l'altro, in uno specifico caso ha individuato come non correttamente funzionante quel sistema di controllo *ex d.lgs. 231/2001* che non prevedeva un apparato sanzionatorio in caso di mancato rispetto di tale obbligo²⁰.

Quanto invece all'attività di accertamento, l'OdV deve verificare l'effettiva applicazione del Modello nell'attività quotidiana della società. In particolar modo, sia attraverso una propria iniziativa di controllo - di *routine* e quindi programmata oppure a sorpresa - sia grazie alla ricezione di notizie o in modo generico od accidentale ovvero in base ai citati precisi obblighi previsti nel Modello, l'OdV eserciterà la propria vigilanza sulle seguenti aree:

- controllo sul Codice Etico (e i principi comportamentali contenuti nel Modello) e sul sistema disciplinare;
- controllo sulle attività aziendali e sulla loro rischiosità;
- controllo sull'adeguatezza dei controlli preventivi²¹.

Nel caso in cui siano effettuate eventuali segnalazioni²² o si rinvercano a seguito di controlli di iniziativa propria presunte violazioni del Modello o della legge, esse dovranno essere oggetto di comunicazione all'organo amministrativo per gli opportuni provvedimenti²³. Per svolgere i propri compiti l'OdV, oltre ad essere destinatario di flussi informativi, avrà anche il potere di chiedere l'esibizione di ogni documentazione ritenuta utile o necessaria, chiedere la collaborazione del personale aziendale o di consulenti esterni per lo svolgimento di verifiche o controlli²⁴.

In aggiunta ai controlli sopra menzionati, che rientrano tra quelli per così dire tipici, l'OdV dovrebbe fungere da stimolo e coordinamento per l'attività di revisione

¹⁹ In particolare, è stato considerato che sia insufficiente la presenza nel Modello di una generica possibilità di informare l'OdV su eventuali comportamenti illeciti avvenuti all'interno dell'azienda, richiamando le Linee Guida delle associazioni di categoria che hanno catalogato i dati da riferire obbligatoriamente all'OdV. Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, 10, p. 528. Sarà inoltre opportuno che l'OdV non sia solo destinatario di un flusso di informazioni ma sia, a sua volta, fonte di informazioni relative alle proprie attività (altro discorso riguarda, invece, le raccomandazioni e le segnalazioni di eventuali criticità all'organo dirigente) attraverso una relazione periodica nei confronti degli organi sociali di gestione e controllo in cui sia presente anche un resoconto sulla gestione del proprio *budget*. In tal senso, Linee Guida ANIA (2009), p. 46; Linee Guida Assogestioni (2007), pp. 5-11; Linee Guida ABI (2010), pp. 34-35; Linee Guida Confindustria (2008), p. 39.

²⁰ Trib. Napoli, ordinanza 26 giugno 2007, in www.rivista231.it.

²¹ AODV (2010), p. 4; si veda anche BRAMIERI *et alii*, *La responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, Milano 2008, pp. 462-464.

²² Diffusamente sul punto, CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in questa *Rivista*, n. 1-2010, pp. 73 ss..

²³ Cfr. art. 7, comma 3, d.lgs. 231/2001. SALAFIA, *Per la prima volta il GIP Milano assolve una S.p.A. da responsabilità amministrativa*, in *Società*, 2010, p. 483.

²⁴ Linee Guida Assogestioni (2007), p. 11, ove si prevede che l'organo dirigente possa non accogliere la richiesta di esibizione di documenti o libri sociali, motivando il diniego all'OdV ed informando l'organo di controllo; Linee Guida ABI (2010), p. 35; Linee Guida Confindustria (2008), p. 39.

delle molteplici sezioni in cui si articola il Modello allo scopo di renderne maggiormente efficiente l'attuazione fronteggiando così al meglio i rischi (231) inerenti impliciti nella natura stessa dell'attività dell'ente.

La menzionata fase di *review* dovrebbe concretizzarsi in una verifica, effettuata direttamente o tramite l'ausilio di consulenti, della coerenza e della validità, nei fatti e in diritto, dei principi procedurali contenuti nel Modello con le procedure e i protocolli organizzativi e i comportamenti conseguenti.

L'esito di questo continuo processo di auto-analisi porterebbe certamente dei benefici al sistema di controllo *ex d.lgs. 231/2001* in quanto, con la razionalizzazione e semplificazione delle procedure aziendali e dei sistemi di *reporting* esistenti, consentirebbe di realizzare al meglio l'istanza di creare un sistema effettivamente operante e disegnato sulla specifica realtà aziendale. Inoltre, ai fini della funzione esimente da responsabilità del Modello, consente di dimostrare l'applicazione adeguata e costante del citato sistema nello svolgimento quotidiano dell'attività aziendale nonché di creare un sistema di vigilanza snello e sensato che non pregiudichi la stessa; infatti, laddove siano individuati dei disallineamenti, l'ente potrà intervenire valutando la validità e la concreta applicazione di protocolli e *standard* esistenti ovvero potrà colmare le eventuali lacune.

Il tempestivo e continuo controllo della coerenza con le prassi quotidianamente applicate dall'ente nello svolgimento della propria attività e un piano di verifiche sul grado di effettiva attuazione e diffusione del Modello costituiscono, senza dubbio alcuno, un presidio fondamentale per diffondere una cultura del controllo che, oltre a servire da stimolo concreto per prevenire la commissione dei reati e per aumentare l'efficacia del Modello, crei del valore aggiunto per l'ente migliorando l'assetto organizzativo e operativo delle società.

Relativamente, infine, all'attività di aggiornamento del Modello, è necessario fare qualche precisazione. Bisogna *in primis* verificare cosa si intenda per aggiornamento. Esso è l'atto con cui il Modello stesso si allinea, nel tempo, alle necessità riscontrate durante la sua applicazione, in una sorta di nuova e sempre più adeguata adozione.

L'operatività dell'OdV in questo ambito si incentra sulla vigilanza a che l'organo dirigente mantenga adeguato nel tempo il Modello formulando proposte per i suoi eventuali aggiornamenti ed adeguamenti, da realizzarsi mediante le modifiche e/o integrazioni che si dovessero rendere necessarie. E' quella parte di opera di vigilanza dell'OdV che potremmo definire *ex post*, provocata cioè da esiti di attività di controllo o dall'emergere di criticità o violazioni.

E', quindi, naturale che, ad esempio, il manifestarsi di una variazione nelle attività svolte dalla società, mutando uno dei presupposti del sistema di controllo, possa comportare la necessità di aggiornamento del Modello²⁵ ed è (*rectius*, dovrebbe essere) altrettanto naturale che a fronte di siffatto scenario l'OdV diligente si attivi a fungere da stimolo all'organo dirigente affinché attivi la valutazione del rischio e provveda, di conseguenza, ad una più completa ed attuale attuazione del sistema di controllo, cui dare pronto riscontro in una versione aggiornata del Modello²⁶.

²⁵ V. Linee Guida Confindustria (2008), p. 49.

²⁶ DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Milano 2010, pp. 93 ss..

In definitiva, è possibile sostenere che l'obbligo dell'OdV di curare l'aggiornamento del Modello sia attuabile ed esigibile principalmente al verificarsi di alcune specifiche circostanze che esulano dalla sua stessa sfera di attività.

Pertanto, è bene ribadire che il vero obbligo dell'OdV è quello di assicurarsi di essere dotato di strumenti sufficienti ed adeguati ai suoi compiti tali da consentirgli di intervenire tempestivamente. In quest'ottica, è bene rimarcare il ruolo cruciale della predisposizione ed attuazione di idonei flussi informativi da e verso l'OdV, così come richiesto dall'art. 6, comma 2, che impone ai Modelli di prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'OdV²⁷.

Infatti, l'OdV dev'essere messo in condizione, sia prevedendo obblighi di segnalazione da parte di tutti gli esponenti aziendali (obbligo che deriva dal dovere di fedeltà per i dipendenti e di diligenza per sindaci e amministratori)²⁸ che attraverso iniziative *motu proprio* di indagine, di poter conoscere tempestivamente eventuali modifiche all'assetto interno della società, della variazione delle aree di *business*, della significativa violazione delle disposizioni del Modello, sino all'introduzione di nuove norme dalla cui violazione dipenda la responsabilità amministrativa della società. In mancanza di tutto questo, l'OdV non è messo in condizione di esercitare il proprio compito di supervisione dell'aggiornamento del Modello.

3. Conclusioni

La sentenza del Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, del 17 novembre 2009²⁹ ci offre lo spunto per alcune osservazioni conclusive.

Infatti, in uno dei suoi passaggi principali si legge espressamente “[...] è evidente che anche nel giudicare la responsabilità della società, per non cadere in una sorta di «responsabilità oggettiva» degli enti, occorre verificare l'efficacia del Modello con valutazione «ex ante» e non «ex post», rispetto agli illeciti commessi dagli amministratori. Del resto, non avrebbe senso ritenere inefficace un Modello Organizzativo per il solo fatto che siano stati commessi degli illeciti da parte dei vertici della persona giuridica, in quanto ciò comporterebbe, ovviamente, la pratica inapplicabilità della norma contenuta nell'art. 6 legge 231/2001.

Occorre, in altre parole, stabilire se, prima della commissione del fatto, fosse stato adottato un corretto Modello Organizzativo e se tale Modello, con valutazione ex ante, potesse considerarsi efficace per prevenire gli illeciti societari oggetto di prevenzione”.

Sebbene la decisione del Giudice dell'inchiesta preliminare, abbia interpretato correttamente la peculiare funzione esimente del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, non si può non rilevare che il funzionamento del sistema di controllo introdotto dal d.lgs. 231/2001 (di seguito anche il “Sistema 231”) per essere soddisfacente ed effettivamente scriminante non può prescindere da una sua costante

²⁷ Per una lista di informazioni che dovrebbero obbligatoriamente fluire verso l'OdV, si veda Linee Guida Confindustria (2008), pp. 44-45. In dottrina, per una dettagliata lista, GALLUCCIO-PUTZU, *Responsabilità penale e amministrativa delle imprese*, Milano 2009, p. 77.

²⁸ GALLUCCIO-PUTZU, *Responsabilità penale e amministrativa delle imprese*, Milano 2009, p. 78, ove si richiamano gli artt. 2104 e 2105 c.c. sulla diligenza e fedeltà del prestatore di lavoro.

²⁹ V. *Società*, 2010, pp. 473 ss..

attuazione e, in quest'ottica, non può che ritenersi fuorviante rispetto alla *ratio legis* l'introduzione di una "validazione" o "bollinatura" preventiva del sistema *de quo*³⁰, recentemente proposta in un disegno di legge.

Il Sistema 231 si compone infatti non solo di Modello Organizzativo e di procedure; il ruolo riservato all'OdV e alla verifica dell'effettività dello stesso è fondamentale e non può passare in secondo piano nei confronti di una "certificazione" che non impedirà certo al Pubblico Ministero di dimostrare l'eventuale inadeguatezza del sistema organizzativo attuato successivamente all'adozione del Modello.

³⁰ V. Amplius, NEGRI, *Modelli 231 a prova di PM*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 luglio 2010, p. 24.

