ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI
ODCEC di MILANO

Percorso formativo ex D. Lgs. 231/2001
Dal Risk Assessment al Modello Organizzativo
e all'Organismo di Vigilanza

La consulenza tecnica 231. Casi ed esperienze

ASCENSIONATO CARNA`
carna@studiocarna.it

23 marzo 2018, corso Europa 11 – Milano

ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI ODCEC di MILANO

Premessa

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231

- Il Decreto 231/2001 - recante la "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*" - ha introdotto la responsabilità amministrativa degli enti a seguito della commissione (o anche del solo tentativo di commissione) di talune fattispecie di reato, richiamate dalla medesima normativa, da parte di **soggetti apicali** o **sottoposti**, **nell'interesse o a vantaggio** dell'ente.

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: l'esimente

- L'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 contempla una forma di **esonero** da responsabilità dell'ente se questo è in condizione di dimostrare di aver adottato ed *efficacemente* attuato **Modelli di organizzazione, gestione e controllo** idonei a prevenire la realizzazione dei cosiddetti reati presupposto.

- E' indispensabile, inoltre, aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello ad un apposito **Organismo di Vigilanza**.

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: l'esimente

Con particolare riferimento all'attività di vigilanza:

"*Il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un Organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*" (art. 6, c. 1, lett. b);

"*Non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di cui alla lettera b*" (art. 6, c. 1, lett. d).

Negli enti di piccole dimensioni "*i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, **possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente***" (comma 4 dell'art. 6).

ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI
ODCEC di MILANO

CASE STUDY

La reazione dell'azienda e dell'OdV alla notizia di un procedimento 231

- analisi di un caso con esito positivo -

CASE STUDIES

ANTIRICICLAGGIO

Una Banca veniva indagata, insieme a quattro suoi dirigenti, nell'ambito delle indagini antiriciclaggio condotte dalle Autorità competenti.

L'imputazione enucleata dalla Pubblica Accusa ha ad oggetto:

- la violazione delle norme antiriciclaggio, rendendo ciò possibile l'illecito trasferimento di denaro, occultando sia la reale provenienza che la destinazione;
- omessa segnalazione di operazione sospette, contrariamente a quanto previsto dalla normativa di riferimento.

CASE STUDIES

ANTIRICICLAGGIO

Secondo quanto esposto dall'accusa:

- La banca trasferiva ingenti somme di denaro attraverso agenzie di *money transfer*, in un Paese Extracomunitario, con modalità contrarie alla normativa antiriciclaggio di cui al D.lgs. 231/07;
- Il denaro (di dubbia provenienza) era trasferito tramite versamenti frazionati in piccole somme, al fine di «sfuggire» ai controlli antiriciclaggio.

Tra il 2008 e il 2009 l'Unità di informazione finanziaria (UIF), autorità di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, identificava centinaia di transazioni sospette; parte di queste venivano trasferite attraverso la Banca imputata.

CASE STUDIES

ANTIRICICLAGGIO

La Banca precedentemente alla contestazione dei fatti era sprovvista di un Modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/01.

La disciplina del richiamato decreto, all'art. 17, comma 1, lett. b), concernente «Riparazione delle conseguenze del reato» specifica che: «Le sanzioni interdittive non si applicano quando l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

CASE STUDIES

ANTIRICICLAGGIO

Successivamente alle indagini la Banca, attenendosi a quanto previsto dalla richiamata disciplina:

- intraprendeva volontariamente il percorso di adeguamento alla normativa, dotandosi di un Modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/01;
- adottava procedure e presidi di controllo rispetto alle tematiche in materia di contrasto al riciclaggio e finanziamento del terrorismo, risultati idonei a seguito delle ispezioni da parte delle competenti Autorità di Vigilanza.

CASE STUDIES

ANTIRICICLAGGIO

Conclusioni:

- La Banca, grazie all'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo, ha patteggiato una sanzione pecuniaria pari ad euro 300.000 ;
- E' stata, altresì, comminata nei confronti dell'ente la confisca pari ad euro 980.000;
- I quattro dirigenti bancari hanno patteggiato una pena pari a 2 anni di reclusione per riciclaggio in concorso.

Le ipotesi di reato e la rilevanza 231

I procedimenti penali riguardano, tra gli altri, 11 tra dipendenti ed *ex* dipendenti di Pharma, tutti afferenti alla *Business Unit "X"* nonché alcuni medici e farmacisti.

I **reati contestati** nell'ambito dei menzionati procedimenti penali sono:

- art. 416 c.p. per la commissione dei delitti previsti dall'art. 481 c.p. (*associazione per delinquere finalizzata alla falsità ideologica in certificati*);
- art. 9, comma 1 e 2, l. 14 dicembre 2000 n. 376 (*somministrazione e distribuzione di sostanze dopanti*);
- art. 1, l. 13 dicembre 1989 n. 401 (*frode in competizione sportiva*);
- artt. 110, 123 comma 1, e 147 n. 5 del d. lgs. 219/2006 (*concessione, offerta o promessa di vantaggi pecuniari o in natura nel quadro delle attività di informazione e presentazione di medicinali a medici o farmacisti*).

Le ipotesi di reato e la rilevanza 231

- artt. 81, 416, 319, 321, 479, 480, 640 comma 2 del codice penale (*associazione per delinquere finalizzata alla corruzione, concorso in falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale e nel reato di truffa ai danni dello Stato*);
- art. 170 del R.D. 1265/1934 (*comparaggio*).

Informativa all'Organismo di Vigilanza

L'Organismo di Vigilanza è informato, **tempestivamente**, circa il procedimento penale in essere ed ha accesso alla relativa documentazione.

L'Organismo di Vigilanza ripercorre le ipotesi accusatorie al fine di comprendere:

- l'adeguatezza o meno del Modello Organizzativo, anche in termini di aggiramento fraudolento;
- le potenziali necessità di aggiornamento del Modello e delle procedure aziendali;
- la necessità di controlli specifici;
- Altro.

La lettura dei reati in ottica 231

I reati rilevanti ai fini 231:

- art. 416 c.p. per la commissione dei delitti previsti dall'art. 481 c.p. (*associazione per delinquere finalizzata alla falsità ideologica in certificati*);
- art. 9, comma 1 e 2, l. 14 dicembre 2000 n. 376 (*somministrazione e distribuzione di sostanze dopanti*);
- art. 1, l. 13 dicembre 1989 n. 401 (*frode in competizione sportiva*);
- artt. 110, 123 comma 1, e 147 n. 5 del d. lgs. 219/2006 (*concessione, offerta o promessa di vantaggi pecuniari o in natura nel quadro delle attività di informazione e presentazione di medicinali a medici o farmacisti*).

La lettura dei reati in ottica 231

I reati rilevanti ai fini 231:

- artt. 81, 416, 319, 321, 479, 480, 640 comma 2 del codice penale (*associazione per delinquere finalizzata alla corruzione, concorso in falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale e nel reato di truffa ai danni dello Stato*);
- art. 170 de R.D. 1265/1934 (*comparaggio*).

La lettura dei reati in ottica 231

Gli ulteriori elementi di attenzione/approfondimento:

I reati contestati nell'ambito dei menzionati procedimenti penali sono:

- art. 416 c.p. per la commissione dei delitti previsti dall'art. 481 c.p. (***associazione per delinquere*** *finalizzata alla falsità ideologica in certificati*);
- art. 9, comma 1 e 2, l. 14 dicembre 2000 n. 376 *(somministrazione e distribuzione di sostanze dopanti*);
- art. 1, l. 13 dicembre 1989 n. 401 (*frode in competizione sportiva*);
- artt. 110, 123 comma 1, e 147 n. 5 del d. lgs. 219/2006 (***concessione, offerta o promessa di vantaggi pecuniari o in natura*** *nel quadro delle attività di informazione e presentazione di medicinali a medici o farmacisti*).

La lettura dei reati in ottica 231

- artt. 81, 416, 319, 321, 479, 480, 640 comma 2 del codice penale (***associazione per delinquere*** *finalizzata* ***alla corruzione****, concorso in falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale e nel reato di* ***truffa ai danni dello Stato***);
- art. 170 del R.D. 1265/1934 (***comparaggio***);

Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza

L'Organismo di Vigilanza è informato, **continuativamente**, circa lo stato del procedimento penale.

L'Organismo di Vigilanza può riferire al Consiglio di Amministrazione circa le proprie osservazioni in ordine all'adeguatezza del Modello in relazione alle ipotesi accusatorie (tipologia di reato e modalità di commissione) nonché circa le necessità di intervento (sul Modello, sulle procedure, altro) e gli eventuali profili disciplinari.

L'Organismo di Vigilanza svolge attività di *follow-up* allo scopo di verificare che quanto segnalato sia stato risolto dalla Società.

Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza

Nel caso di specie, a seguito delle verifiche condotte dall'Organismo di Vigilanza, è emerso quanto segue:

1. Il Modello Organizzativo era aggiornato in relazione ai reati in contestazione;
2. I processi strumentali erano stati mappati e regolamentati con specifiche procedure (consulenze, convegni);
3. L'aggiramento fraudolento delle procedure (attraverso la lettura delle intercettazioni, è emerso che il personale aziendale coinvolto – apicale e sottoposti - produceva documentazione falsa/omissiva al fine di ottenere le autorizzazioni interne, previste dalle procedure);
4. La necessità, alla luce dei comportamenti riscontrati, di aggiornare il Modello e le procedure al fine di evitare che, in futuro, si possano ripetere situazioni analoghe (aggiornamento continuo).

L'Organismo di Vigilanza relaziona quanto sopra al Consiglio di Amministrazione

Il ruolo della Società

Per Società si intende l'insieme di TUTTI i soggetti a vario titolo coinvolti nelle attività:

- ✓ Casa Madre;
- ✓ Consiglio di Amministrazione;
- ✓ Collegio Sindacale;
- ✓ Amministratore Delegato;
- ✓ Responsabile Funzione Legale;
- ✓ Responsabile HR;
- ✓ Responsabile Compliance;
- ✓ Responsabile Finance;
- ✓ Professionisti esterni;
- ✓ Altro.

Il ruolo della Società

Le azioni suggerite dall'Organismo di Vigilanza sono state condivise ed attuate dalla Società, in relazione alle prerogative ed alle responsabilità dei soggetti prima indicati.

Così, ad esempio:

- Casa Madre: *committment* sulle necessità locali, altro.
- Consiglio di Amministrazione: avvio del *risk assessment*, aggiornamento del Modello Organizzativo, altro;
- Collegio Sindacale: c.s., raccomandazioni specifiche;
- Amministratore Delegato: implementazione operativa, dialettica con OdV e professionisti esterni e con gli inquirenti, ruolo nel procedimento sanzionatorio, avvio delle attività di diffusione e formazione sul Modello Organizzativo, rilascio delle procedure, rapporto con Casa Madre, altro;

Il ruolo della Società

…segue:

- Responsabile Funzione Legale: procedimenti disciplinari, revisione procedure, supporto nella lettura degli atti di indagine, rapporti con i professionisti esterni e con gli inquirenti, rapporto con Casa Madre;
- Responsabile HR: procedimenti disciplinari, formazione, altro;
- Responsabile Compliance: procedure, formazione, altro;
- Responsabile Finance: procedure, valutazione dei profili societari/fiscali connessi ai fatti in contestazione, altro;
- Professionisti esterni: dialettica con gli inquirenti, valutazione degli atti di causa, *risk assessment*, altro.
- Altro.

La dialettica informativa

Tra tutti gli attori coinvolti è indispensabile una corretta e costante alimentazione dei flussi informativi idonei a garantire l'aggiornamento sullo stato dei fatti e delle azioni intraprese.

Il tutto sino alla conclusione del procedimento.

Ad esempio:

- Esito dei procedimenti disciplinari e relativo contenzioso;
- Implementazione delle nuove procedure;
- Attivazione degli ulteriori controlli;
- Aggiornamento e monitoraggio sullo stato del procedimento penale;
- Altro.

Conclusioni

A seguito di quanto descritto, la Procura della Repubblica, preso atto:

- Della reazione dell'azienda quando ha avuto notizia del procedimento;
- Della "presa di distanza" dai soggetti coinvolti;
- Dell'attività svolta dall'Organismo di Vigilanza;
- Dell'aggiornamento del Modello e delle Procedure;

ha rilevato:

- ✓ non doversi procedere a carico dell'azienda *ex* D.Lgs. 231/2001;
- ✓ che l'azienda ha subito un danno (non un vantaggio o interesse) dall'agire fraudolento dei dipendenti coinvolti.

Esempio CTU

Sommario

Premessa 3

Documentazione ANALIZZATA 4

CAPITOLO 1 - IL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO 5

L'idoneità del modello organizzativo: il contesto di riferimento 5

Il Modello Organizzativo di – Branch di Milano 6

Il Modello Organizzativo – La Parte Generale ed il Codice Etico 6

Il Modello Organizzativo – Il Data Base Rischi e Controlli (Parte II) ed i Protocolli (Parte III) 8

Il Modello Organizzativo – I presidi antiriciclaggio 9

Esempio CTU

CAPITOLO 2 - L'efficace attuazione del modello: l'Organismo di Vigilanza 16

Premessa 16

I requisiti dell'Organismo di Vigilanza 16

Il requisito di onorabilità 16

Il requisito di professionalità 17

Indipendenza e continuità d'azione 18

Autonomia dell'OdV 20

I flussi informativi da e verso l'Organismo di Vigilanza 21

L'Organismo di Vigilanza di 22

I requisiti dell'Organismo di Vigilanza di 23

L'attività dell'Organismo di Vigilanza 25

Esempio CTU

CAPITOLO 3 - L'efficace attuazione del modello: L'evoluzione dei presidi antiriciclaggio 35
Premessa 35
Le ispezioni delle Autorità di Vigilanza 35
L'aggiornamento del sistema antiriciclaggio 36
Il sistema antiriciclaggio - Organizzazione e procedure 42
CONCLUSIONI 46

Presidi di controllo 231

<u>Esempi di presidi di controllo 231 a livello di organizzazione:</u>

- sistema di **whistleblowing** integrato;
- **formalizzato processo approvativo** per le attività a rischio 231 (**tracciabilità**);
- sistema di **deleghe e procure**;
- processo formalizzato di qualifica delle terze parti (**risk-based due diligence**);
- previsione di specifiche **clausole 231** nei contratti con le terze parti;

Presidi di controllo 231

<u>Esempi di presidi di controllo 231 a livello di organizzazione:</u>

- processo di selezione dei fornitori che preveda la **comparazione di più offerte** (scegliendo una soglia di rilevanza);
- chiare e trasparenti modalità di gestione delle risorse finanziarie;
- livelli approvativi segregati (**segregazione orizzontale**);
- minimizzare l'uso del **denaro contante** e della **piccola cassa**;
- **sistema di incentivazione** quali-quantitativo;
- **sistema sanzionatorio**.

Presidi di controllo 231

Esempi di presidi di controllo a livello di processo:

Affidamento incarichi di consulenze

- processo di **selezione** formalizzato;
- verifica della **congruità** del compenso;
- evidenza dell'**esigenza**;
- acquisizione del **curriculum vitae** del consulente;
- evidenza del **razionale della scelta** del consulente;
- verifica se il Consulente sia stato soggetto ad accuse, indagini e/o sentenze relative a tangenti o corruzione, o ad altre attività illegali;

Presidi di controllo 231

<u>Esempi di presidi di controllo a livello di processo:</u>

<u>Affidamento incarichi di consulenze</u>

- verifica di potenziali **conflitti di interessi**;
- prova di **effettività della prestazione**;
- divieto di pagamento in **contanti**;
- **pagamento** del corrispettivo sul conto corrente intestato al consulente;
- **Clausole contrattuali** «etiche» e diritto del committente a **svolgere audit** sul Consulente e a risolvere il contratto nel caso in cui la Società abbia un ragionevole sospetto che il Consulente possa aver violato le prescrizioni del contratto;

Due Diligence delle terze parti

Le terze parti rappresentano un "mezzo" attraverso cui si possono realizzare i reati 231.

Il delicato processo di selezione consente di conoscere e valutare in via preventiva (quindi accettare o non accettare) variegate categorie di rischi:

- Rischi operativi (valutazione tecnica);
- Rischi finanziari (valutazione "patrimoniale");
- Rischi reputazionali (valutazione etica);
- Rischi di compliance (valutazione con riferimento a specifiche normative, ad es. anticorruzione, riciclaggio, ambientali etc.);
- Altri.

La selezione (fase pre-contrattuale) è la base di una **sana gestione aziendale in ottica di equilibrio economico durevole**

Due Diligence delle terze parti

Il livello di profondità della due diligence deve essere correlato a:

- il livello di rischio 231 dell'attività esternalizzata o del servizio richiesto;
- il rischio associato alla terza parte in funzione di:
  - identità (persona fisica, società);
  - proprietà (titolare effettivo);
  - attività svolte;
  - track record;
  - reputazione;
  - altro.
- Altro.

risk-based due diligence.

Gestione dei red flags

L'analisi delle informazioni raccolte è delicata perché a questa bisogna riferirsi per assumere la decisione di avviare il rapporto.

Cosa fare in caso di red flags?

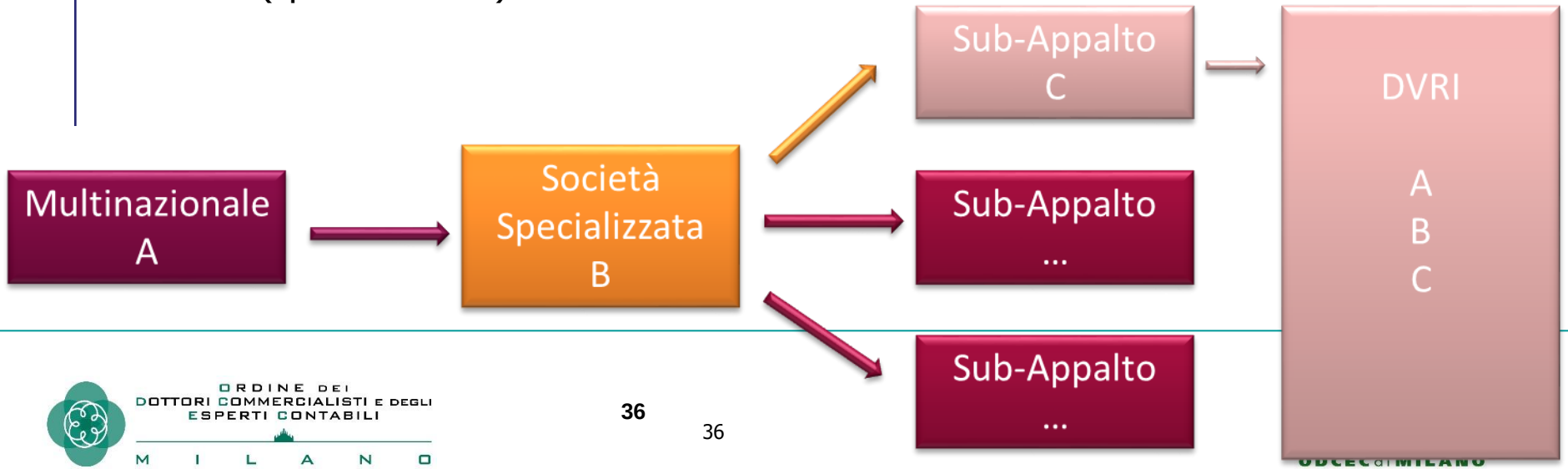
Non esiste una "ricetta" …ma forse una "best practice": **rendere obiettiva** la decisione, mediante un processo segregato e documentato.

CASE STUDIES

VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO EX TU 81/2008

Una multinazionale operante nel settore della produzione chimica (A), nell'ambito dei pianificati interventi di manutenzione degli impianti, aveva affidato ad una primaria società specializzata (B), l'esecuzione – in appalto – di quanto previsto.

Quest'ultima (B) aveva dato in "sub-appalto" ad altra impresa (C) la pulizia delle cisterne (spazi confinati)



CASE STUDIES

VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO EX TU 81/2008

La multinazionale (A) aveva implementato un processo di gestione degli appalti conforme alla normativa (TU 81/2008, etc.).

In particolare, prevedeva:

- l'analisi tecnica ed economica delle offerte;
- l'analisi dei rischi interferenziali e la redazione del DVRI;
- la verifica dell'attività formativa, generale e specifica;
- Il controllo dei nominativi in entrata/uscita nel cantiere;
- la gestione dei sub-appalti;
-

Dal punto di vista FORMALE tutto OK

Il contractor (B), per far fronte ad un "picco" di richieste, ha deciso di assegnare in sub-appalto l'esecuzione di alcune opere a C seguendo la medesima procedura di A.

CASE STUDIES

VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO EX TU 81/2008

…al termine dei lavori "in spazi confinati" (bonifica cisterne), i dipendenti di B hanno "dimenticato" di apporre i previsti cartelli di divieto e pericolo (presenza di azoto)

…ed i dipendenti di C sono entrati nella cisterna satura con le tragiche ed irrimediabili conseguenze facilmente immaginabili.

Il procedimento penale, per omicidio colposo e lesioni gravissime, ha riguardato:

- alcuni dipendenti – persone fisiche - di A, B, C (in relazione ai ruoli: Datore di Lavoro, RSPP, etc.);
- le Società A, B, C, quali persone giuridiche.

CASE STUDIES

VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO EX TU 81/2008

A seguito delle indagini è emerso che:

- i dipendenti di C coinvolti nell'incidente non avevano seguito i previsti corsi di formazione e non erano coincidenti con quelli indicati nell'elenco di accesso allo stabilimento. Inoltre, il DVRI non era stato aggiornato per le specifiche attività;
- i dipendenti di B avevano disatteso le procedure aziendali ed il DVRI (mancata apposizione del cartello) e non avevano vigilato e controllato i requisiti e le modalità operative del sub-appaltatore C;
- I dipendenti di A avevano disatteso le procedure aziendali ed il DVRI e non avevano vigilato sull'appaltatore B e sub-appaltatore C; avevano inoltre violato le prescrizioni del Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/2001;
- Le società B e C non avevano il Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/2001.

Gravi violazioni FORMALI e SOSTANZIALI

CASE STUDIES

VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO EX TU 81/2008

Conclusioni:

- I dipendenti – persone fisiche – coinvolte nelle indagini sono stati condannati in sede penale (da 3 anni in su, a seconda delle responsabilità). Il procedimento penale è ancora in corso;
- La società A, grazie all'adozione del Modello Organizzativo, ha evitato la misura interdittiva ed è stata condannata ad una sanzione pecuniaria di "soli" E. 70.000,00 oltre al risarcimento del danno;
- Le società B e C, poiché non avevano adottato il Modello Organizzativo, sono state destinatarie di una misura cautelare interdittiva. La società C è stata dichiarata fallita. I procedimenti penali sono ancora in corso.

Q&A