ODCEC m@ster

ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI ODCEC di MILANO

Odcec M@ster La responsabilità amministrativa degli enti ex D. Lgs. 231/2001

La composizione e i compiti dell'ODV alla luce della recente giurisprudenza di merito

Avv. Iole Anna Savini

7 ottobre 2022

IL CONFRONTO INTERNAZIONALE

L'Italia è stato per diverso tempo l'unico ordinamento a contemplare la figura dell'Organismo di Vigilanza. L'istituto ha tuttavia mostrato discreta capacità attrattiva dal momento che, in seguito, altri Paesi hanno adottato soluzioni simili.

L'Organismo di Vigilanza supporta l'organizzazione a raggiungere una compliance tempestiva e adeguata.

IL CONFRONTO INTERNAZIONALE

Italia
D.Lgs. 231/2001
(8.6.2001)
Organismo di Vigilanza

Spagna
Ley Organica n. 1/2015 (30.3.2015)
Organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención

Cile
***Ley* n. 20.393**
(25.11.2009)
Encargado de prevención

Perù
(Ley 30424/2016 modificata il 7.1.2017)
Encargado de prevenciòn

Argentina
Ley 27401
(27.11.2017)
Responsable interno del programma de integridad

LA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO

25 Giugno 2021

Giurisprudenza di merito: l'OdV ai raggi X

Censurate la mancata indipendenza e l'omessa vigilanza

12 Aprile 2021

Modello e OdV in operazioni di finanza strutturata

Procedure e vigilanza insufficienti per il Tribunale di Milano

LE IMPUTAZIONI

Tribunale di Milano

- Art. 25-*ter* in relazione al reato di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.)
- Art. 25-*sexies* in relazione al reato di aggiotaggio (art. 2637 c.c.)

Tribunale di Vicenza

- Art. 25-*ter* in relazione al reato di aggiotaggio (art. 2637 c.c.)
- Art. 25-*ter* in relazione al reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni di pubblica vigilanza (art. 2638 c.c.)

LA COMPOSIZIONE DELL'ODV

La normativa non offre indicazioni in merito alla composizione dell'Organismo rimettendo alla Società la scelta di optare:

- per una struttura monosoggettiva;
- per una struttura plurisoggettiva;

che sia in grado di garantire l'effettività dei controlli.

Nelle imprese di piccole dimensioni i compiti di Organismo di Vigilanza possono essere svolti dall'organo dirigente (art. 6, comma 4) sempre che sussistano i requisiti soggettivi e oggettivi.

LA COINCIDENZA CON IL COLLEGIO SINDACALE

È un'opzione prevista dal legislatore e suggerita dall'autorità di vigilanza ma ciò non significa che l'attribuzione della funzione al collegio sindacale valga a garantire l'adeguatezza dell'OdV laddove le condizioni in concreto ne frustino i requisiti di autonomia e indipendenza. Inoltre vanno comunque garantiti poteri di iniziativa, controllo e intervento, dunque i poteri dei sindaci devono essere integrati per garantire l'effettività dell'esercizio delle funzioni di vigilanza soprattutto a fronte di un organo che non ha poteri di vigilanza continua. (…)

LA COINCIDENZA CON IL COLLEGIO SINDACALE

In più, è emerso che alcuni sindaci avessero delle importanti interessenze con il Presidente del CdA e con le società ad esso riconducibili. Va poi evidenziato che le relazioni ispettive di Banca d'Italia sottolineano come i sindaci fossero espressione del sistema di alleanze che ispira la governance aziendale, gestita dal Presidente secondo logiche di cooptazione di persone di sua fiducia; il collegio sindacale viene descritto come organo che svolge un'attività meramente formale, priva di incisivo vaglio critico, assente quanto all'analisi degli aspetti maggiormente critici della gestione.

Tribunale di Vicenza

I COMPITI DELL'ODV

- Verificare il rispetto del Modello e dei protocolli di decisione, rilevando eventuali comportamenti anomali che dovessero emergere dall'analisi dei flussi informativi e dalle segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie strutture organizzative;
- Svolgere periodica attività ispettiva e di controllo, di carattere continuativo, in considerazione dei vari settori di intervento o delle tipologie di attività e dei loro punti critici al fine di verificare l'efficienza e l'efficacia del Modello nonché l'adeguatezza e il rispetto dei protocolli adottati;
- Promuovere iniziative per la diffusione della conoscenza e della comprensione all'interno e all'esterno della società del Modello, dei contenuti del D.lgs. 231/2001, del Codice etico, nonché iniziative per la formazione del personale e la sensibilizzazione dello stesso all'osservanza del Modello;

I COMPITI DELL'ODV

- Segnalare tempestivamente all'organo dirigente, per gli opportuni provvedimenti, le violazioni accertate del Modello che possono comportare l'insorgere di una responsabilità per la società;
- Verificare l'idoneità del sistema disciplinare ai sensi e per gli effetti del D.lgs. 231/2001 e proporre sanzioni.

I COMPITI DELL'ODV

Per quanto attiene l'attività di aggiornamento del Modello, l'OdV:

- Verifica periodicamente l'adeguatezza del Modello sulla base dell'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale;
- Monitora periodicamente le attività di tutte le unità operative allo scopo di individuare correttamente quelle a rischio;
- Valuta le iniziative da indicare all'organo gestorio in ordine all'impianto «231»;
- Verifica la messa in opera delle proprie indicazioni da parte dell'organo gestorio.

I COMPITI DELL'ODV

L'opportunità di aggiornare il Modello può sorgere:

- Dal riscontro di violazioni delle prescrizioni del Modello;
- Dalla commissione di uno o più reati–presupposto;
- Da rilevanti modificazioni dell'assetto organizzativo interno
- della società;
- Dall'evoluzione del quadro normativo (ampliamento dello
- spettro dei reati-presupposto).

I COMPITI DELL'ODV

Nel dettaglio, si sono avuti unicamente quattro incontri per discutere delle operazioni strutturate, nonostante l'evidente complessità del tema, peraltro già all'attenzione dell'Autorità giudiziaria.

Nel dettaglio, nella seduta del 29 gennaio 2013, il CFO ha illustrato all'OdV le due transazioni strutturate (in allora sotto i riflettori della cronaca). Si è dunque chiesta l'esibizione delle risultanze delle due ispezioni di vigilanza nonché concordato un incontro con il legale dell'ente. Non v'è, tuttavia, prova dell'inoltro della documentazione richiesta (o di solleciti in tal senso) né, tantomeno, di attente riflessioni dell'OdV sul tema (nonostante l'evidente rilevanza). Diversamente da quanto accaduto per l'operazione (…), non si è neppure tenuta una successiva riunione per discutere dell'esito dell'incontro con il legale della Banca, meramente menzionato nella relazione periodica.

I COMPITI DELL'ODV

Alla seduta del 17 marzo 2014 (…) i revisori hanno laconicamente dichiarato che "le problematiche a suo tempo segnalate relativamente al bilancio sono state risolte e che la società ha posto in essere una serie di controlli dai quali non si sono rilevate anomalie, salvo che per una singola operazione di cui è stato informato il management per le opportune iniziative". Null'altro si è aggiunto né tantomeno richiesto, in ispecie alle criticità riscontrate o alle modalità di risoluzione. Neppure si è domandato quale fosse l'innominata operazione perniciosamente connotata da anomalie.

Durante la riunione del 17 aprile 2015, il Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili ha informato l'OdV del 415 bis emesso in relazione alla falsa contabilizzazione di Alexandria, fondata sulla figuratività degli acquisti dei BTP2034 e dello speculare contratto di pronti in contro termine. L'OdV tuttavia non si è premurato di chiedere ulteriori informazioni (o di disporre indagini conoscitive), limitandosi a ricevere delle slide predisposte dai revisori prima della vicenda giudiziaria.

I COMPITI DELL'ODV

Alla seduta del 19 maggio 2015, l'OdV è stato informato della richiesta di rinvio a giudizio formulata dalla Procura di Milano per i delitti di false comunicazioni sociali e aggiotaggio informativo e delle speculari contestazioni a carico dell'ente.

Della circostanza l'OdV ha meramente preso atto, concordando un ulteriore confronto dopo l'estate, in prossimità dell'udienza preliminare fissata per il 12.10.2015.

Dalla relazione periodica emerge vi sia stato un successivo incontro il 4.11.2015 nel corso del quale un referente aziendale ha descritto i possibili sviluppi processuali. In altri termini non v'è mai stato un sostanziale confronto sulla spinosa questione contabile, che aveva ormai assunto una chiara e allarmante dimensione giudiziaria.

Tribunale di Milano

I FLUSSI INFORMATIVI VERSO L'ODV

Ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di vigilanza è fondamentale implementare un sistema di flussi informativi all'OdV.

I destinatari del Modello sono tenuti ad un'informativa verso l'Organismo di Vigilanza, da svolgersi a seguito di informazioni.

I FLUSSI INFORMATIVI VERSO L'ODV

Si tratta di flussi periodici, cd. standard, e riguardano, a titolo esemplificativo:

- visite, ispezioni ed accertamenti avviati da parte degli enti competenti (regioni, enti regionali ed enti locali) e, alla loro conclusione, eventuali rilievi e sanzioni comminate;
- contenziosi attivi e passivi in corso, anche quando la controparte sia un ente o soggetto pubblico (o soggetto equiparato) e, alla loro conclusione, i relativi esiti;
- provvedimenti o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria o da qualsiasi altra autorità dai quali si evinca lo svolgimento di attività di indagine per i reati di cui al D.lgs. 231/2001, avviate anche nei confronti di ignoti.

I FLUSSI INFORMATIVI VERSO L'ODV

In definitiva, sino all'ottobre 2013 (…), la Banca è risultata sprovvista degli accorgimenti organizzativi concretamente idonei a prevenire il rischio criminoso. Né valevano i richiamati complessi sistemi di regole interne a sanare il deficit riscontrato, difettando gli stessi delle puntuali previsioni contemplate dal decreto del 2001, in particolare modo in merito alla mappatura delle aree di rischio, alla predisposizione di specifici protocolli diretti alla prevenzione dei reati, agli indispensabili flussi informativi verso l'OdV nonché al sistema disciplinare.

Tribunale di Milano

Quanto ai flussi informativi verso l'OdV (…) manca qualsiasi procedimentalizzazione del flusso di dati proveniente dalle strutture aziendali afferenti all'area di rischio, ad esempio attraverso report periodici.

Tribunale di Vicenza

LE SEGNALAZIONI

Ogni Destinatario è inoltre tenuto a effettuare segnalazioni all'OdV in caso apprenda notizia avente ad oggetto presunti rilievi, irregolarità, violazioni, comportamenti e fatti censurabili o comunque qualsiasi pratica non conforme a quanto stabilito nel Codice Etico o nel Modello di organizzazione adottati dalla società.

Nel Modello devono essere precisate quali sono le modalità per la segnalazione di eventuali condotte non conformi alle previsioni dello stesso.

La Legge 179/2017 ha introdotto una nuova ipotesi di segnalazione relativa a condotte illecite, rilevanti ai sensi del D.Lgs. 231/2001 e fondata su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del Modello organizzativo.

IL WHISTLEBLOWING

Quanto ai flussi informativi verso l'OdV, era prevista unicamente la segnalazione diretta di eventuali violazioni al Presidente dell'Organismo attraverso un unico canale, quello della mail personale; nessun presidio a garanzia della riservatezza del segnalante e a sua tutela, tale non potendo considerarsi la mera dichiarazione di intenti espressa a chiusura del paragrafo dedicato secondo la quale "la Banca garantisce i segnalanti da qualsiasi forma di ritorsione discriminazione o penalizzazione e assicura in ogni caso la massima riservatezza circa la loro identità fatti salvi gli obblighi di legge a tutela della Banca o delle persone accusate erroneamente o in mala fede", mancando la predisposizione concreta di presidi a tutela del segnalante.

Carenza sicuramente significativa in un contesto in cui il discostamento dalle indicazioni dei vertici, anche in aspetti che attingevano profili di illiceità, poteva comportare anche ritorsioni nei confronti del soggetto dissenziente (emblematico il caso del private banker che aveva dato le dimissioni a seguito delle forti pressioni subite affinché uniformasse il proprio comportamento a quanto richiesto dai vertici, ancorché irregolare o illecito)

Tribunale di Vicenza

Q&A