



ORRICK

1 ottobre 2014

L'Organismo di Vigilanza nelle nuove Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo

Alcuni dei principali aspetti di intervento

Avv. Alessandro De Nicola
Senior Partner Orrick, Herrington & Suttcliffe



Le nuove Linee Guida Confindustria

Nel luglio 2014 Confindustria ha pubblicato le nuove Linee Guida per l'elaborazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001, aggiornando le precedenti, emanate nel 2008.

Le principali novità introdotte dalle nuove Linee Guida in relazione all'Organismo di Vigilanza sono, *inter alia*, relative a:

- **l'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese;**
- **i requisiti dell'OdV, con particolare riguardo alla continuità d'azione;**
- **la previsione di un Collegio Sindacale con compiti di Organismo di Vigilanza.**

L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese



- ➔ Le Linee Guida Confindustria 2008 dedicavano un breve cenno alle problematiche legate all'applicazione del D.Lgs. 231/2001 nei gruppi di imprese.
- ➔ Le nuove Linee Guida Confindustria 2014 prevedono un **nuovo capitolo** interamente dedicato ai gruppi di imprese.

Autonomia giuridica di ciascuna società del Gruppo



nomina di **distinti Organismi di Vigilanza**:
solo così l'organismo godrà di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

Come evidenziato nelle Linee Guida di Confindustria, è opportuno che ogni società controllata nomini un proprio Organismo di Vigilanza ex art. 6, co. 1, lett.b), con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità, fatta salva la possibilità di attribuire questa funzione direttamente all'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, così come espressamente previsto dall'art. 6, co. 4, D. Lgs. n. 231/2001. (*Linee Guida Confindustria, pag. 75*)

L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese

Le medesime ragioni di efficienza e al contempo di non ingerenza che suggeriscono di non adottare un Modello unico per tutte le società del gruppo, conducono ad affermare che ciascuna società del gruppo debba nominare un proprio Organismo di Vigilanza, in quanto:



- in caso contrario non sarebbe assicurata la continuità di azione prerogativa di ogni efficace attività di vigilanza e controllo;

segue...

L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese



- le aree a rischio reato potrebbero essere dissimili e i protocolli preventivi non perfettamente coincidenti, con necessità di una “specializzazione” da parte dell’OdV che non potrebbe altrimenti sussistere in caso di un unico organo di vigilanza e controllo;
- sussisterebbero in caso contrario i noti rischi di “risalita” alla capogruppo della responsabilità ex Decreto 231.

L'esistenza del Gruppo giustifica e rende comunque opportuno un coordinamento delle attività di vigilanza e controllo in capo ai diversi OdV.



vantaggi del coordinamento:

- visione globale dei rischi e delle carenze all'interno del Gruppo e unitarietà degli interventi correttivi;
- realizzazione di possibili "economie di scala" ove la singola attività di vigilanza avesse ad oggetto il medesimo ambito di intervento (si pensi al ricorso ad una consulenza specialistica esterna in relazione all'esame di un'area a rischio comune a tutte le società del Gruppo);

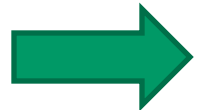
L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese



- possibilità di prevenire all'interno del Gruppo rischi già concretizzatisi all'interno di una singola società;
- possibilità di sfruttare le competenze specifiche all'interno dei singoli Organismi di Vigilanza per approntare un programma preventivo - per quanto possibile - comune (si pensi al caso dell'assistenza alle competenti funzioni aziendali nell'implementazione dei necessari programmi formativi all'interno del Gruppo).

***COME SI REALIZZA CONCRETAMENTE IL COORDINAMENTO TRA I DIVERSI ODV
DEL GRUPPO?***

***E CHE TIPO DI POTERE SPETTA DA UN PUNTO DI VISTA PRATICO ALL'ODV DELLA
CAPOGRUPPO NELLA CONCRETA APPLICAZIONE DEI DETTAMI DEL DECRETO
231 NEL CONTESTO DEL RAPPORTO CON LE CONTROLLATE?***



Il **Coordinamento tra Organismi di Vigilanza** può essere attuato, a titolo esemplificativo, nei seguenti modi:

- attuazione di **flussi informativi periodici e occasionali tra gli OdV**, attraverso cui, ad esempio, si comunichino le nuove iniziative intraprese dalla capogruppo in ambito di responsabilità amministrativa ex Decreto 231, quali:
 - aggiornamento del Modello 231 volto a prevenire la commissione di nuove tipologie di reato introdotte nel *corpus* del Decreto 231;
 - revisione del Modello 231 esistente al fine di verificarne la perdurante attualità ed efficienza;
- programmazione di **riunioni periodiche** per la condivisione e l'approfondimento di tematiche di interesse trasversale all'interno del Gruppo (*Linee Guida Confindustria, pag. 78*);
- **condivisione iniziale dei piani di vigilanza e controllo** annuali anche al fine di sfruttare sinergie di gruppo nell'effettuazione di interventi di vigilanza e controllo su aree a rischio reato comuni.

L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese



Le **Linee Guida Confindustria 2014** affermano che, per un efficace scambio informativo, può rilevarsi utile anche creare canali di contatto appositi, quali un *repository* di raccolta e aggiornamento dei modelli organizzativi delle singole società, nonché di ulteriori documenti informativi di interesse (ad es. analisi delle novità normative; indicazioni giurisprudenziali). (*Linee Guida Confindustria, pag. 78*)

Scambio di informazioni riservate all'interno del gruppo



possibili criticità:

parte della dottrina ritiene quindi necessario che tra le società del gruppo vengano stipulati appositi accordi che permettano e formalizzino la circolazione di informazioni tra gli OdV ai fini di una maggiore efficienza nell'esercizio delle loro funzioni di vigilanza.

L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese



Il potere spettante in concreto all'OdV della capogruppo nel contesto del rapporto con le controllate dovrà sostanziarsi in un **potere** di tipo **propulsivo** che potrà essere attuato, a titolo esemplificativo, nei seguenti modi:

- invitando le controllate ad adottare il Modello 231 ed a nominare l'Organismo di Vigilanza;
- invitando gli OdV delle controllate a porre in essere interventi formativi;
- comunicando alle controllate *best practice* in tema di prevenzione della responsabilità ex Decreto 231;
- esortando le controllate affinché l'adeguamento ai contenuti del Decreto 231 all'interno delle singole realtà avvenga sulla base di una politica coerente a quella della capogruppo.

L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese



Il coordinamento tra OdV sopra descritto ben si inserisce nella più larga cornice dei rapporti che gli organi deputati al controllo delle varie componenti di un gruppo devono mantenere.

Un **esempio** di come il principio di collaborazione, che deve ispirare l'attività degli OdV in un gruppo, caratterizzi in termini generali i rapporti tra organi di controllo delle società, è fornito dalla normativa del settore assicurativo:

l'art. 17 del Regolamento Isvap n. 20/2008 prevede un obbligo generale di collaborazione a carico di tutti gli organi di controllo del gruppo, incluso l'OdV: *«l'organo di controllo, la società di revisione, la funzione di revisione interna, di risk management e di compliance, l'organismo di vigilanza di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti».*

Per non indebolire l'indipendenza degli OdV delle controllate le nuove Linee Guida consigliano in ogni caso di declinare il rapporto tra i vari OdV in un'ottica paritetica, evitando di prevedere poteri di ingerenza (ad esempio poteri di ispezione) dell'OdV della capogruppo nei confronti dell'attività degli OdV delle società controllate.

(Linee Guida Confindustria, pag. 78)



L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese



In tal senso, in ambito di responsabilità ex Decreto 231, l'Organismo di Vigilanza della capogruppo deve mediare tra due esigenze contrapposte:

- 1) non trascurare quanto operato dagli OdV delle singole controllate, in particolar modo ove tali iniziative si traducano in una mancata adozione di efficaci misure preventive della responsabilità ex Decreto 231;
- 2) rispettare e non limitare l'autonomia dell'OdV di ciascuna controllata.

*La **manca**za d'**equilibrio** tra le due esigenze potrebbe infatti portare ad un'**indebita** ingerenza dell'OdV della capogruppo, con conseguente rischio di **risalita della responsabilità ex Decreto 231** nei confronti di quest'ultima.*

L'OdV nei gruppi secondo le altre Linee Guida

Con riguardo alla disciplina dell'Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese è interessante notare come alcune Linee Guida adottino un approccio differente da quello adottato da Confindustria:

le linee guida ASSOSIM prevedono che l'OdV della capogruppo possa effettuare anche autonomamente verifiche e controlli su altre società del gruppo.

Un approccio del tutto peculiare in tema di gruppi di imprese si registra anche con riferimento alla strutturazione dei modelli 231.



L'OdV nei gruppi secondo le altre Linee Guida

ASSOSIM propone una visione piuttosto radicale dell'opportunità di coordinamento in tema 231 all'interno del Gruppo, suggerendo due opzioni, ovvero:

- che il Modello della Capogruppo recepisca le aree a rischio specifiche di ogni controllata;
- che il Modello della Capogruppo recepisca le aree a rischio della controllata, e quest'ultima quelle della Capogruppo.

Una simile impostazione non trova menzione nelle Linee Guida delle altre associazioni di categoria, ove si prevede “*una concertata impostazione di indirizzo*” (ANIA) e più in generale un potere di coordinamento della Capogruppo (Confindustria e ABI).



Caratteristiche dei componenti l'OdV

Le **Linee Guida Confindustria 2014**, recependo le indicazioni della giurisprudenza, specificano in maniera più puntuale rispetto al passato quanto già contenuto nelle vecchie Linee Guida in relazione ai requisiti richiesti all'OdV dal Decreto 231:

- A. autonomia e indipendenza;**
- B. professionalità;**
- C. continuità d'azione.**

A. Autonomia e indipendenza: che cosa significa

1. Evitare che all'Organismo di Vigilanza complessivamente inteso siano affidati compiti operativi.
2. Eliminare ingerenze e condizionamenti di tipo economico o personale da parte degli organi di vertice. In tal senso, è possibile rafforzare l'autonomia dell'OdV prevedendo la possibilità dello stesso di autoregolamentarsi attraverso l'adozione di un regolamento interno e di servirsi di figure esterne all'ente.
3. Prevedere nel Modello cause effettive di ineleggibilità e decadenza dal ruolo di membri dell'Organismo di Vigilanza, che garantiscano onorabilità, assenza di conflitti di interessi e di relazioni di parentela con gli organi sociali e con il vertice.

(Linee Guida Confindustria, pag. 62)

(segue) A. Autonomia e indipendenza: che cosa significa

CHE IMPORTANZA RIVESTE L'AUTONOMIA DELL'ODV PER LA GIURISPRUDENZA?

L'elemento dell'autonomia dell'OdV è tanto determinante da ripercuotersi sullo stesso giudizio di efficacia ed effettività del Modello.

La Corte di Assise d'Appello di Torino, nella motivazione della sentenza relativa alla vicenda Thyssen Krupp del 27 maggio 2013, ha ritenuto **sufficiente l'assenza del requisito dell'autonomia dell'OdV per escludere l'operatività e l'efficacia del Modello.**

La Corte ha indicato la **necessità della distinzione tra figura del controllore e del controllato**: nel caso di specie, infatti, la Corte ha osservato che l'OdV «*doveva controllare il suo stesso operato*» in quanto vi era coincidenza tra il membro dell'OdV deputato a vigilare sull'adozione del modello in materia antinfortunistica e il dirigente del settore ecologia, ambiente e sicurezza.

(segue) A. Autonomia e indipendenza: che cosa significa

CHE COSA PUÒ CONTRIBUIRE A RAFFORZARE L'AUTONOMIA DELL'ODV?

- La possibilità di autoregolamentare la propria attività ed il proprio funzionamento attraverso l'adozione di un **regolamento interno**.
- La possibilità di **servirsi di figure esterne all'ente** anche grazie all'assegnazione di un *budget*.

CHE COSA PUÒ CONTRIBUIRE A RAFFORZARE L'INDIPENDENZA DELL'ODV?

- La previsione di **cause di ineleggibilità o decadenza** dei membri dell'Organismo di Vigilanza. (*Linee Guida Confindustria, pag. 58*)

(segue) A. Autonomia e indipendenza: che cosa significa

In tema di indipendenza è opportuna una precisazione: dev'essere una **caratteristica dell'organismo nel suo insieme**, non necessariamente di ogni suo componente.

Autonomia ed indipendenza, inoltre, sono concetti complementari ma **non sinonimi**. Ad esempio si potrebbe avere un OdV che risponda a requisiti di indipendenza in quanto né assoggettato a poteri gerarchici né portatore di conflitti di interesse o legato da rapporti patrimoniali o familiari, ma con insufficiente autonomia in quanto privo di *budget* e senza possibilità di accesso alla documentazione rilevante o ai dipendenti della società.

B. Professionalità: che cosa significa

1. Nominare soggetti competenti in materia ispettiva e consulenziale in grado di compiere attività di campionamento statistico, di analisi, valutazione e contenimento dei rischi, di elaborazione e valutazione dei questionari. Non è necessario che all'interno dell'OdV siano presenti specialisti di tutte le materie che sono rilevanti ai fini del Decreto 231, ma piuttosto che i singoli membri abbiano una visione generale dal punto di vista giuridico e di controllo in modo da poter interpretare quanto evidenziato dagli specialisti, anche esterni.
2. E' opportuno che almeno taluno tra i membri dell'Organismo di Vigilanza abbia competenze giuridiche, in particolare in materia penale.

(Linee Guida Confindustria, pag. 62)

(segue) B. Professionalità.

Oltre al requisito della professionalità, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato un ulteriore requisito riferito ai singoli membri dell'OdV:

l'onorabilità.

La giurisprudenza opta per un criterio «sostanziale» per il quale al di là della presunzione di innocenza, costituzionalmente prevista, operano **considerazioni di opportunità** per le quali non bisognerebbe affidare ad un soggetto condannato in primo grado per reati previsti dal D.Lgs. 231/2001 un ruolo di vigilanza.

Nell'ordinanza del 9 novembre 2004, il GIP del Tribunale di Milano ha rilevato che «*se l'OdV deve, pur se organo interno alla società, essere indipendente ed in grado di controllare non solo i dipendenti, ma anche i direttori e gli amministratori dell'ente, appare veramente eccessivo pretendere, perché operi la causa di ineleggibilità, che nei confronti del soggetto che si vorrebbe nominare sia stata emessa una sentenza di condanna e che la sentenza sia diventata irrevocabile [...]».*

C. Continuità d'azione: che cosa significa

L'espressione «continuità d'azione» deve essere concepita nei seguenti termini:

- a) effettività dell'attività di controllo;
- b) frequenza temporale delle azioni intraprese tali da consentire all'OdV di ravvisare in tempo utile eventuali situazioni anomale o rischiose.

A tal proposito, le [Linee Guida Confindustria 2014](#) sottolineano l'importanza di:

1. curare la **tracciabilità** e la **conservazione** della documentazione delle attività svolte, nell'ottica di assicurare l'effettività delle attività poste in essere dall'Organismo di Vigilanza;
2. predisporre una **struttura dedicata a tempo pieno** all'attività di vigilanza sul modello (*Linee Guida Confindustria, pag. 60*)

(segue) C. Continuità d'azione. La segreteria tecnica

Tale **struttura** può essere rivestita dall'Organismo di Vigilanza stesso quando sia composto da **soggetti interni** all'ente.

Qualora, invece, l'Organismo di Vigilanza sia composto anche da **consulenti esterni**



le **Linee Guida Confindustria 2014** suggeriscono che la struttura dedicata a tempo pieno all'attività di vigilanza sul modello sia costituita da una **segreteria tecnica** anche interfunzionale, con lo scopo primario di garantire la continuità d'azione e il supporto all'Organismo di Vigilanza nello svolgimento dei suoi compiti.

(Linee Guida Confindustria, pag. 60)

(segue) C. Continuità d'azione. La segreteria tecnica



La **segreteria tecnica** supporta l'Organismo di Vigilanza in vario modo.

Tra le attività di cui potrebbe essere investita la segreteria tecnica le nuove Linee Guida includono:

- coordinare l'attività dell'OdV;
- assicurare la costante individuazione di una struttura di riferimento nell'impresa, anche ai fini di eventuali informazioni o denunce da parte di soggetti operanti nell'impresa.

segue...

(segue) C. Continuità d'azione. La segreteria tecnica



In tal senso alla **segreteria tecnica** possono essere affidati i seguenti compiti:

- offrire una panoramica di eventuali novità normative, giurisprudenziali, dottrinali di rilievo per l'attività ed il funzionamento dell'OdV e per l'aggiornamento del Modello 231;
- effettuare una *review* periodica del Modello 231 con particolare attenzione all'analisi delle problematiche attuative del Modello stesso e al confronto tra quanto da esso riportato e quanto riscontrato nello svolgimento delle attività di monitoraggio;
- coordinare le iniziative formative in tema di responsabilità ex D.Lgs. 231/2001;
- assistere in generale l'OdV nell'espletamento dei propri compiti di vigilanza e controllo attraverso l'attuazione di attività di supporto non decisionali (ad esempio: raccolta delle informazioni necessarie a consentire all'OdV di far luce su specifiche tematiche rilevanti ai fini del Decreto 231);

(segue) C. Continuità d'azione. La segreteria tecnica



- organizzare attività di attuazione del Modello adottato dalla società (ad esempio assistendo le funzioni competenti nella redazione di eventuali procedure o nell'esecuzione di controlli commissionati dall'OdV o dall'organo dirigente fornendo le indicazioni specifiche della materia in oggetto), esercitando un ruolo di coordinamento tra l'organo dirigente e le funzioni competenti a dare effettiva attuazione alle azioni deliberate dal medesimo;
- gestire il *budget* attribuito all'OdV, secondo le indicazioni date da quest'ultimo;
- provvedere agli adempimenti organizzativi, quali la gestione dei rapporti con i consulenti esterni, la pianificazione e gestioni di riunioni tra le funzioni coinvolte in processi di adeguamento o controllo sull'attuazione del Modello, la valutazione preventiva degli elaborati dei consulenti esterni, ecc.



Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza

La Legge n. 183/2011 ha previsto la facoltà di affidare le funzioni dell'OdV al Collegio Sindacale. Le [Linee Guida Confindustria 2014](#) affrontano tale tema indicando particolari accorgimenti per le società che optino per tale soluzione:

- rafforzare le garanzie di *autonomia ed indipendenza* del Collegio Sindacale;
- prevedere una maggiore frequenza tra le riunioni del Collegio Sindacale, per assicurare la *continuità d'azione* del Collegio Sindacale con funzione di OdV;
- già al momento della selezione dei membri del Collegio Sindacale, verificare i requisiti di *professionalità* coerenti con le funzioni di OdV e il possesso di adeguate competenze in tema di controlli ai sensi del D.Lgs. 231/2001. L'esperienza pratica suggerisce l'opportunità almeno uno dei componenti del Collegio Sindacale abbia competenza in materia giuridica;

segue...

Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza

- includere nei Modelli organizzativi delle indicazioni specifiche con riferimento al caso in cui il Collegio Sindacale svolga anche la funzione di OdV;
- prevedere ulteriori flussi informativi - rispetto a quelli già previsti nei confronti del Collegio in quanto tale - da parte dei soggetti apicali e delle funzioni aziendali verso il Collegio Sindacale con funzioni di OdV.

(Linee Guida Confindustria, pag. 63 e ss.)

Quando sfruttare questa opportunità

Nelle nuove Linee Guida, Confindustria afferma che l'opportunità di accentrare le funzioni in capo al Collegio Sindacale debba essere valutata caso per caso.



E' opportuno che la scelta sia presa alla luce del grado di complessità organizzativa e della natura dell'attività svolta dall'ente.

Saranno probabilmente più inclini a percorrere tale opzione organizzativa le imprese caratterizzate da una minore complessità strutturale, nonché quelle che non presentano specifiche esigenze di articolazione della *governance*. (*Linee Guida Confindustria, pag. 66*)

Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza

Sono necessarie in ogni caso alcune precisazioni:

- I. Qualora la funzione di OdV venga affidata al Collegio Sindacale, poiché la funzione di OdV viene attribuita **al Collegio Sindacale nel suo complesso** e non ai suoi singoli componenti, le norme relative a quest'ultimo **prevarranno**, in caso di contrasto, su quelle dettate a regolamentazione dell'OdV.
Muovendo dallo stesso presupposto può altresì concludersi che la cessazione dell'ufficio di sindaco comporti in tal caso la decadenza dall'incarico di componente dell'OdV.
- II. Laddove si opti per la non coincidenza tra OdV e Collegio Sindacale (decisione invero sempre preferibile nelle imprese con maggiore complessità strutturale) sarà sempre di fondamentale importanza instaurare una **intensa cooperazione** fondata su adeguati flussi informativi tra l'organo di controllo e l'OdV.

Grazie per l'attenzione



ORRICK

1 ottobre 2014

L'Organismo di Vigilanza nelle nuove Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo

Alcuni dei principali aspetti di intervento

Avv. Alessandro De Nicola
Senior Partner Orrick, Herrington & Suttcliffe