

# FLASH REPORT

## Le nuove Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei “Modelli 231”

Ottobre 2014

Dopo esser passata al vaglio del Ministero della Giustizia, è stata di recente pubblicata la nuova versione delle “Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001” di Confindustria.

A sei anni dal precedente aggiornamento, la nuova versione tiene conto di:

- **novità normative**, che hanno visto un progressivo ampliamento del catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti. In particolare, il documento di Confindustria amplia le proprie analisi, oltre a quanto introdotto o modificato dalla L. 190/2012 (cd. *legge anticorruzione*), a tutti gli illeciti nel tempo divenuti rilevanti ai sensi del D.Lgs.231/2001 (di seguito anche Decreto) e non ancora trattati quali:
  - i delitti informatici e di trattamento illecito di dati (art. 24-*bis* del Decreto)
  - i delitti di falsità in strumenti di pagamento o segni di riconoscimento (art. 25-*bis*) e contro l'industria e il commercio (art. 25-*bis*.1)
  - i delitti in materia di violazione del diritto d'autore (art. 25-*novies*) e
  - i reati ambientali (art. 25-*undecies*)
- **giurisprudenza e dottrina** maturate in ambito “231”;
- **evoluzione dei modelli organizzativi** e delle misure di prevenzione adottati dagli enti.

### Principali modifiche ed integrazioni

La nuova versione, pur rimanendo articolata in due sezioni quali:

- una **Parte Generale**, nella quale sono affrontati i temi di maggior rilievo in materia 231 e delineati i principi e le metodologie da seguire per la definizione di un modello organizzativo (finalizzato alla prevenzione dei reati presupposto ex D.Lgs. 231/2001) e
- una **Parte Speciale**, dedicata all'analisi dei reati presupposto e di concreti presidi di prevenzione attraverso appositi *case study*,

ha subito numerose modifiche ed integrazioni. Il presente *Flash Report* riporta una selezione delle integrazioni più rilevanti, per l'analisi approfondita delle quali si rinvia alla lettura del testo integrale pubblicato sul sito internet di Confindustria.

### Parte Generale

La nuova versione della **Parte Generale** - oltre a ribadire che l'adozione di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001 non deve rappresentare un adempimento meramente formale - approfondisce temi già trattati (ad esempio riguardo i requisiti e operatività degli Organismi di Vigilanza) e affronta nuove tematiche attraverso:

- l'introduzione di due nuovi capitoli (Cap. I “*I lineamenti della responsabilità da reato dell'ente*” e Cap. V “*La responsabilità da reato nei gruppi di imprese*”);

- il richiamo sistematico alla principale giurisprudenza in materia 231 e a *best practice* cui fare riferimento, mutate da altre norme: nazionali (ad esempio, L.190/2012 e dal DPCM 18 aprile 2013), internazionali (ad esempio, UK Bribery Act) e dal Codice di Autodisciplina delle Società Quotate.

A tale proposito, si riportano di seguito alcuni esempi delle nuove tematiche trattate:

### **Nuovo capitolo I: “I lineamenti della responsabilità da reato dell’ente”**

Nel nuovo capitolo I, Confindustria, dando rilevanza alla numerosa giurisprudenza che ha riconosciuto la responsabilità di enti che si sono avvantaggiati di illeciti commessi con il **concorso di soggetti estranei** alla propria organizzazione (fornitori, prestatori di servizi, consulenti, intermediari, etc ), pone particolare attenzione alle modalità di gestione delle terze parti, in particolare laddove identifica alcuni presidi di prevenzione specifici mutuati dal **settore pubblico**, quali il ricorso esclusivo a fornitori iscritti nelle le c.d. **white list** istituite presso le Prefetture - ossia fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei **settori maggiormente a rischio reato** (quali, ad esempio, costruzioni e settore edile, gestione dei rifiuti, concessioni pubbliche, etc.).

### **Nuovo capitolo V: “La responsabilità da reato nei gruppi di imprese”**

Nel nuovo capitolo V, Confindustria tratta la tematica della responsabilità amministrativa nell’ambito dei **gruppi societari**. Attraverso una ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia, si affrontano aspetti quali:

- la configurabilità di **responsabilità nei gruppi** e l’eventuale **responsabilità delle holding** per reati commessi da società controllate;
- i **modelli organizzativi** idonei a prevenire reati-presupposto del Decreto nei gruppi, con *focus* particolare su composizione e compiti degli Organismi di Vigilanza.

Con riferimento a tali aspetti, il documento:

- evidenziando la non configurabilità di una responsabilità da reato di gruppo (per l’ordinamento giuridico italiano il gruppo è privo di “*autonoma capacità giuridica*”), identifica alcune **casistiche** a fronte delle quali la responsabilità amministrativa potrebbe “**migrare**” dall’ente controllato alla **holding**<sup>1</sup>;
- suggerisce alcune **soluzioni di governance** (ad esempio, evitare che medesimi soggetti rivestano ruoli apicali presso più società del gruppo) e **organizzative** (ad esempio, sollecitazione - da parte della capogruppo - dell’adozione da parte di tutte le società del gruppo di propri modelli organizzativi, nomina di Organismi di Vigilanza distinti, etc.) atte a limitare i rischi di migrazione delle responsabilità;
- consiglia l’istituzione di **meccanismi di raccordo** tra le società del gruppo (ad esempio, definizione di “*regole specifiche per la correttezza e la trasparenza nei rapporti con le controllate. In particolare, l’attività di direzione e coordinamento deve svolgersi attraverso comunicazioni rese in forme ufficiali, così da essere successivamente ricostruibile*”) e relativi Organismi di Vigilanza (ad esempio, definizione di “*flussi informativi statistici tra società del gruppo, riguardanti lo stato di attuazione del sistema adottato ai sensi del Decreto 231, eventuali violazioni del modello e sanzioni applicate, aggiornamenti dei modelli effettuati a seguito di nuovi reati-presupposto rilevanti*” e organizzazione di riunioni congiunte).

### **Gruppi multinazionali e adozione di “Compliance program”**

Le nuove Linee Guida affrontano anche le peculiarità dei gruppi che operano all’estero. In tale contesto, al fine di rispondere alle esigenze espresse da normative locali, diverse tra loro ma analoghe al D.Lgs. 231/2001, Confindustria suggerisce di avviare dei **compliance program** che prevedano:

- l’adozione di codici di comportamento che “*tengano conto della transnazionalità dell’attività svolta*”;
- l’effettuazione di una formazione specifica sulle normative locali rivolta al **management** che svolge attività all’estero;
- la definizione, da parte della **holding**, di principi di controllo minimi che le controllate potrebbero attuare attraverso adeguate procedure locali;
- realizzazione, da parte degli Organismi di Vigilanza, di verifiche finalizzate a valutare la tenuta, ai fini 231, dalle misure adottate dalle società del gruppo.

<sup>1</sup> “Perché anche un’altra società del gruppo sia ritenuta responsabile da reato, occorre quindi che l’illecito commesso nella controllata abbia recato una specifica e concreta utilità - effettiva o potenziale e non necessariamente di carattere patrimoniale - alla controllante o a un’altra società del gruppo.” Inoltre “Solo se i soggetti apicali della capogruppo si ingerissero in modo sistematico e continuativo nella gestione della controllata, così da rendere apparente l’autonomia giuridica di quest’ultima, i vertici della holding potrebbero qualificarsi come amministratori della stessa.” Infine “il controllo societario o l’attività di direzione e coordinamento non possono creare di per sé una posizione di garanzia in capo ai vertici della controllante, tale da fondarne la responsabilità per omesso impedimento dell’illecito commesso nell’attività della controllata (art. 40, comma 2, c.p.).” Linee Guida, cap.V par. 3

## Composizione degli Organismi di Vigilanza e conferimento delle funzioni dell'organismo al Collegio Sindacale

La nuova versione delle Linee Guida approfondisce le analisi già svolte in merito alla composizione, ai requisiti e ai compiti dell'Organismo di Vigilanza, rimarcando, in quest'ultima versione, la rilevanza del requisito di autonomia e indipendenza dell'Organismo rispetto ad eventuali compiti operativi nell'ambito dell'organizzazione<sup>2</sup>.

Il documento in esame fornisce inoltre alcuni spunti di riflessione in relazione al nuovo art. 6, co. 4-*bis* del Decreto, aggiunto dal co. 12 dell'art. 14 della L.183/2011 (c.d. Legge di Stabilità per il 2012), in merito alla possibilità di affidare le funzioni dell'Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale.

Confindustria identifica, sviluppando diverse ipotesi, i pro e i contro di tale scelta; in particolare, il ricorso alla cd. "devoluzione" delle funzioni dell'organismo di controllo previsto dal Decreto al Collegio Sindacale sembra suggerito nel caso di enti caratterizzati da una *struttura organizzativa e di governance non complessa* (tipicamente PMI non quotate), nelle quali è prioritario *conciliare* l'esigenza di dotarsi di *organi di controllo* con le *risorse finanziarie* disponibili. Le Linee Guida suggeriscono comunque di effettuare una valutazione preventiva in merito all'insussistenza di potenziali conflitti di interesse e al *rispetto dei requisiti* previsti in capo agli Organi di controllo ed ai loro componenti.

## Parte Speciale

La Parte Speciale è stata oggetto di una consistente rivisitazione, volta non soltanto a trattare le fattispecie di reato presupposto divenute rilevanti ai sensi del D.Lgs. 231/2001 successivamente al 2008, ma anche a introdurre un metodo di analisi schematico, di più facile fruibilità per gli operatori interessati.

In particolare, nella nuova versione, la Parte Speciale è costituita dai seguenti 16 *case study*:

- Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico
- Delitti informatici e illecito trattamento di dati
- Delitti di criminalità organizzata, anche transnazionale
- Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione
- Falsità in strumenti di pagamento o segni di riconoscimento e delitti contro l'industria e il commercio
- Reati societari
- Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico
- Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili
- Delitti contro la personalità individuale
- Abusi di mercato
- Delitti commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro
- Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita
- Delitti in materia di violazione del diritto d'autore
- Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria
- Reati ambientali
- Impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare

Ognuno dei *case study* è strutturato in due sezioni:

- la prima, nella quale sono elencati i reati presupposto e illustrati gli elementi costitutivi degli stessi;
- la seconda, in cui sono identificati alcuni esempi di aree a rischio, con indicazione delle modalità di commissione degli illeciti, e relative misure di prevenzione (c.d. controlli preventivi).

Tale sezione può pertanto costituire un valido strumento di confronto per valutare la completezza e coerenza dei *risk assessment* effettuati ai fini dell'adozione dei modelli di prevenzione degli illeciti rilevanti ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

<sup>2</sup> A tale proposito: "(...) la posizione dell'OdV nell'ambito dell'ente deve garantire l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma di interferenza o condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente e, in particolare, dell'organo dirigente." Inoltre "Per assicurare la necessaria autonomia di iniziativa e l'indipendenza è poi indispensabile che all'Organismo di Vigilanza non siano attribuiti compiti operativi. Diversamente, infatti, potrebbe esserne minata l'obiettività di giudizio come organo all'atto delle verifiche sui comportamenti e sul Modello." Linee Guida, cap.IV par. 2

## Considerazioni

Il Legislatore ha previsto che gli enti, nella definizione di modelli di organizzazione, di gestione e controllo atti a prevenire gli illeciti, possano ispirarsi a **codici di comportamento** redatti dalle **Associazioni di Categoria**.

A tale proposito si evidenzia che l'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 prevede che *"I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della Giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati."*

Come indicato sul sito internet di Confindustria, *"... il documento è stato sottoposto al vaglio del Ministero della Giustizia che lo scorso 21 luglio ne ha comunicato l'approvazione definitiva..."*: pertanto, gli enti hanno oggi un nuovo strumento per valutare l'adeguatezza delle scelte organizzative adottate ai fini della prevenzione dei rischi 231.

Suddetta analisi andrà effettuata sia alla luce delle argomentazioni riportate nella Parte Generale sia con riferimento alle integrazioni di cui alla Parte Speciale, ponendo particolare attenzione alla coerenza e completezza tra quanto già fatto rispetto:

- alle aree a rischio e relative modalità di commissione degli illeciti e
- ai controlli preventivi riportati nel documento di Confindustria.

\* \* \*

I professionisti Protiviti, impegnati nell'assistenza ai propri Clienti su tematiche "231" sin dall'entrata in vigore del Decreto, potranno assistere la Vostra organizzazione nella *general review* dei Vostri Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo, effettuando:

- un'analisi volta ad identificare le eventuali difformità tra modelli adottati e *practice* indicate nelle nuove Linee Guida;
- l'identificazione delle **soluzioni** da adottare per allineare i modelli alle *best practice*;
- l'aggiornamento della documentazione e degli strumenti di lavoro rilevanti ai fini 231 (Modelli 231, protocolli, flussi informativi, indicatori di rischio, etc).

## Contatti:

### Settori Industriale e Commerciale

#### Emma Marcandalli

[emma.marcandalli@protiviti.it](mailto:emma.marcandalli@protiviti.it)

Tel: +39 02 6550 6301

#### Francesco Lanza

[francesco.lanza@protiviti.it](mailto:francesco.lanza@protiviti.it)

Tel: +39 02 6550 6301

### Settori Bancario e Finanziario

#### Luca Medizza

[luca.medizza@protiviti.it](mailto:luca.medizza@protiviti.it)

Tel: +39 02 6550 6301

#### Francesco Monini

[francesco.monini@protiviti.it](mailto:francesco.monini@protiviti.it)

Tel: +39 02 6550 6301