

La valutazione del sistema di *compliance* 231

di Roberto De Luca

febbraio 2021

L'esperienza sul campo dimostra la difficoltà delle imprese, di qualsiasi dimensione e settore, di rendere operativo il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo (nel seguito anche Modello) e sviluppare il sistema di prevenzione (*compliance* 231)¹. Necessario ed utile, oramai, in quanto sempre più vasta, profonda ed insidiosa è la materia relativa all'applicazione del D.Lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti.

Trascorsi 20 anni dalla sua emanazione, il D. Lgs. 231/2001 (nel seguito anche Decreto) sulla responsabilità da reato degli enti collettivi ha aumentato in modo vertiginoso le fattispecie in grado di determinare la responsabilità dell'ente. Oggi, l'elenco comprende più di 160 reati: dai reati societari a quelli contro l'ambiente, dai delitti informatici ai reati societari, dagli infortuni sul lavoro ai delitti di riciclaggio e autoriciclaggio. Si pensi, in ultimo, alla recente introduzione dei reati tributari ed alla presenza di reati, come quello associativo, in grado di estendere la responsabilità dell'ente a qualsiasi reato, anche non previsto dal Decreto.

Se, da un lato, il Decreto ha stimolato processi di miglioramento organizzativo-gestionale nelle aziende - il Decreto, ricordiamolo, non è obbligatorio - dall'altro, è opinione diffusa che la normativa non abbia raggiunto risultati entusiasmanti in termini di concreta applicazione.

Quali le ragioni? In *primis*, il principale beneficio, la prevenzione della commissione dei reati commessi nell'interesse o vantaggio dell'ente, si traduce nella pratica in un "non evento" di non facile percezione. Inoltre, l'impatto del Decreto "spaventa" il decisore aziendale al punto tale da orientarsi verso approcci minimalisti e cosmetici, grazie anche a certa consulenza in stile *cut and paste*. Rimane così una comprensibile "distanza" del *management* dai contenuti della normativa, che neanche lo "spauracchio" delle sanzioni previste dal Decreto può assorbire. Benchè abbia deciso in modo libero di applicare il Decreto, il *management* affronta così il percorso attuativo con una certa "ritrosia" e l'atto deliberativo dell'organo amministrativo di adozione del Modello, invece di coincidere con l'avvio del percorso attuativo, coincide sovente con la fine dei lavori oppure diviene progressivamente materia

¹ Per *compliance* 231 si intende l'insieme di soggetti, organizzazione, attività, procedure, strumenti che, partendo dall'analisi dei rischi e passando attraverso la predisposizione del Modello di Organizzazione Gestione e Controllo, hanno il fine di costruire un ambiente operativo-gestionale in grado di proteggere l'impresa dai rischi di illecito amministrativo e di beneficiare dell'esimente in caso di imputazione dell'ente per responsabilità amministrativa.

dei soli “addetti ai lavori” quando invece dovrebbe logicamente abbracciare e coinvolgere l’intera organizzazione e gestione dell’impresa. Proprio nel momento in cui, sempre quell’organo, ha nominato l’organismo preposto a vigilare sull’attuazione, il rispetto e l’efficacia del Modello.

Ragion per cui, pur in presenza del Modello voluto e deliberato ai massimi livelli aziendali, la *compliance* 231 nelle imprese spesso risulta “a macchia di leopardo” oppure non attiva: mancando la funzione è così pressochè impossibile valutarne l’efficacia. Pur nella consapevolezza che la funzione non è certezza di buoni risultati, rappresentando infatti condizione necessaria ma non sufficiente, esiste certamente correlazione diretta tra la funzione espressa ed i risultati ottenuti.

Nelle imprese che applicano il Decreto, predisporre il Modello e pensare che la “231” sia stata assolta, dunque l’impresa si sia adeguata al Decreto, è esercizio tanto inutile quanto presuntuoso. La *compliance* 231 è molto di più: un percorso organizzativo che permette nel tempo una dimensione dell’impresa più controllata, solida ed efficiente. Un percorso progressivo e rispettoso della storia aziendale, il *business*, le dimensioni e l’articolazione organizzativa dell’impresa, i livelli di managerializzazione e delega per evitare che la *compliance* 231 risulti:

- ✓ eccessiva ed invasiva, vissuta quindi come sovrastruttura ostativa rispetto al *business*, causando insofferenza e “crisi di rigetto”;
- ✓ mero sforzo formale e cosmetico, avulsa dal contesto organizzativo, incidendo così in modo risibile sulla gestione operativa aziendale.

All’opportunità e convenienza di effettuare una valutazione obiettiva della propria funzione di *compliance* 231 si dedicherà, pertanto, il presente contributo, consapevoli che l’esito dell’analisi possa facilitare la presa d’atto dello *status quo* e consentire la ripresa o la correzione del percorso intrapreso ed il miglioramento delle *performance*.

Valutazione da intendersi come invito agli amministratori e *manager* delle imprese che hanno adottato il Decreto ad effettuare periodicamente un’analisi critica del funzionamento della *compliance* 231 inteso come scudo di protezione dai rischi di illecito amministrativo. Oggi anche tassello degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili che costituiscono obbligo degli amministratori (co. 2 art. 2086 c.c.) per come previsto dal nuovo Codice della Crisi d’Impresa.

Del resto, la *compliance* 231, avendo come stella polare la “copertura assicurativa” dei rischi di coinvolgimento dell’ente per responsabilità amministrativa, ha la capacità naturale di stimolare e promuovere crescita culturale ed organizzativa, responsabilizzazione del *management*, processi più controllati, segregati ed efficienti, potenziamento ed integrazione del sistema di controllo interno, gestione più efficiente delle risorse finanziarie. Benefici questi che sovente non sono compiutamente considerati e valorizzati dai tradizionali approcci alla 231 e che, invece, sono parte costituente di una responsabile, efficiente, trasparente

conduzione d'impresa, fonte di qualità ed affidabilità nel tempo e garanzia per soci, amministratori, dipendenti, *stakeholders*. La *compliance* 231 è stile di *governance*, esercizio collettivo di responsabilità, programma di lavoro da realizzare con costanza. Un modo per costruire prevenzione con un approccio *ex ante* e non *ex post*.

Ecco perché si parla di sistema.



Esistono molteplici indicatori da utilizzare per misurare in modo pragmatico, immediato e chiaro il funzionamento del proprio sistema di *compliance* 231. Ecco i principali:

a) *Presenza di referente/servizio aziendale delegato alla compliance 231*

La presenza di un referente aziendale con delega alla materia, meglio di una funzione di *compliance*, rappresenta il fulcro attorno al quale sviluppare l'articolata materia. La presenza evidenzia l'impegno e la consapevolezza dell'azienda di dedicare competenze, tempo e risorse alla "231". La sua assenza si traduce in modo immediato e diretto in una marcata difficoltà operativa lungo il percorso di attuazione, applicazione e rispetto del Modello. Questo anche in presenza di un organismo di vigilanza (nel seguito anche OdV) attento e continuo nell'azione. La presenza di un referente o di una funzione non significa disimpegno degli amministratori e apicali, destinatari principe della materia in quanto soggetti che "animano" la 231 con i loro atti e le loro decisioni in linea con il Modello in vigore.

b) *Numero di organi e funzioni aziendali coinvolte nel programma di compliance 231*

Il sistema di *compliance* 231, come abbiamo detto, stimola, per le sue finalità e la sua articolazione, la costruzione di una proficua rete aziendale. Relazioni, attività, tavoli di lavoro, multidisciplinarietà sono elementi che consentono di trattare i tanti argomenti (ambiente, tributario, societario, sicurezza dei lavoratori, informatica, ...) che il Decreto impone in un ambiente integrato, con un chiaro metodo di lavoro. Il sistema "arroccato" in un'enclave funzionale (ad esempio la funzione legale o la funzione di organizzazione) è un *alert* di un fenomeno che conduce spesso all'insignificanza della *compliance* 231, al formalismo estremo. Anche nel caso di una funzione dedicata, è imprescindibile la trasversalità degli approcci operativi. Viceversa si cade nella trappola dell'autoreferenzialità. Dunque, maggiore è il coinvolgimento degli organi e delle funzioni aziendali maggiore sarà la funzionalità espressa dalla *compliance* 231.

c) Presenza di strumenti operativi per la gestione del rischio e delle procedure 231

L'attivazione di strumenti operativi per la gestione della *compliance* 231 è elemento prezioso a supporto di una materia divenuta oramai delicata, vasta, articolata. Gestire rischi, procedure e attività relative alla *compliance* 231 senza strumenti operativi, già presenti sul mercato a costi peraltro abbastanza bassi, significa facilitare il compito dell'azienda e dei delegati a gestire la funzione. Pur nell'oggettiva difficoltà di gestione e consultazione, anche comuni file *excel* possono supportare la *compliance* 231. Non averne significa non possere i *tools* che abilitano la funzione, comunque non avere un'adeguata "cassetta degli attrezzi" in grado di gestire le tante attività che la *compliance* 231 stimola.

d) Presenza di un piano di attivazione delle disposizioni e prescrizioni del MOGC

Punto dolente della predisposizione di molti Modelli è l'assenza di un piano operativo che accompagni la sua diffusione e attivazione. Per disposizioni si intendono le attività che contribuiscono a creare l'ambiente operativo di controllo e monitoraggio del Modello (tramite la nomina dell'ufficio di vigilanza, la casella di posta elettronica dedicata, le comunicazioni interne, la pubblicazione sul sito aziendale delle informazioni necessarie, la consegna del MOGC ai dipendenti, l'impegno formale al rispetto dei suoi contenuti, i flussi informativi all'organismo di vigilanza, il sistema disciplinare, la procedura di *whistleblowing*, ...); per prescrizioni si intendono, invece, le regole di comportamento ed i presidi di controllo da attivare nei processi/attività sensibili al fine di mitigare il rischio di commissione dei reati presupposto. Il piano deriva dall'analisi dei *gap* rispetto alla situazione *as is* rilevata con l'analisi e la valutazione dei rischi, attività propedeutica alla progettazione del Modello, anch'essa sovente bypassata nella fase di predisposizione del Modello. Non avere un piano è sintomo di un'attività senza alcuna finalità di costruzione di un sistema. Men che meno non avere né un suo coordinatore/responsabile né il soggetto responsabile della singola azione prevista dal piano.

e) Numero di riunioni dell'OdV in un anno

Non esiste una frequenza di legge bensì una frequenza consigliabile. I contenuti del Decreto, impongono riunioni dell'OdV che, a personale avviso, devono avere cadenza al più mensile. Sotto le sei riunioni l'anno siamo in un'area critica. Ovviamente il numero è un indicatore. Valgono i contenuti delle riunioni e l'attività preparatoria e successiva. L'articolazione delle responsabilità dell'ufficio di vigilanza postula infatti ulteriori attività, quali verifiche di *compliance*, incontri con il *management*, predisposizione di relazioni al CdA, esame dei flussi informativi pervenuti che trovano il loro momenti di formalizzazione nelle riunioni periodiche e che impegnano o dovrebbero impegnare l'ufficio di vigilanza con quel tratto di continuità richiesto dal Decreto.

f) Presenza di un programma annuale dell'OdV

La predisposizione di un programma annuale dell'ufficio di vigilanza, trasmesso all'interlocutore stabile e naturale della sua funzione, ossia l'organo amministrativo,

rappresenta elemento di impegno e continuità di azione dell'OdV. La mancanza può denotare un'approssimazione delle attività che può divenire "scivolosa" in assenza nell'OdV collegiale di un componente interno o di una funzione di *compliance* 231.

g) Numero di incontri dell'OdV con l'organo amministrativo ed il collegio sindacale

L'incontro annuale previsto solitamente dal Modello trova oggi un limite nella complessità della materia. Si suggerisce, pertanto, un punto dedicato all'ordine del giorno in ciascuna seduta del consiglio di amministrazione (nel seguito anche CdA) con l'intervento della funzione di *compliance* 231 e l'OdV. Nelle aziende in cui il CdA si riunisce solo per gli adempimenti di legge, si raccomanda di garantire il raccordo costante tra ufficio di vigilanza e organo amministrativo attraverso il presidente oppure un amministratore indipendente oppure un apposito comitato aziendale. Si suggerisce, inoltre, di far partecipare l'organismo di vigilanza alle intere riunioni del consiglio di amministrazione per consentire all'ufficio di "catturare" le informazioni necessarie per espletare la vigilanza. Almeno un incontro *ad hoc* con il collegio sindacale e, se presente, il revisore legale è necessario durante l'iter di approvazione del bilancio. Anche in questo ambito, vista la maggiore continuità di controllo dei sindaci e dei revisori in ottica di vigilanza degli adeguati assetti organizzativi e di attivazione delle procedure di allerta di cui al Codice della Crisi d'Impresa, occorrerà incrementare i momenti di incontro tra OdV, organo di controllo societario e revisore legale. In assenza di questi incontri, la funzione di vigilanza corre il rischio di essere avulsa dalla realtà operativa aziendale rispetto a materie fondanti come l'andamento della gestione e l'approvazione del bilancio.

h) Numero di relazioni dell'OdV al CdA e Collegio Sindacale

La relazione semestrale al CdA si considera più confacente rispetto a quella annuale ancora presente in molti Modelli. Oltre alle relazioni di periodo, sono sempre più necessarie informative ad hoc (*flash report*) al consiglio di amministrazione su specifici esiti di attività di vigilanza ritenute indifferibili. L'assenza di *flash report*, la presenza di una relazione annuale, magari abbastanza generica e breve, e la mancanza di riscontri e richieste del CdA denotano carenze della funzione di vigilanza e scarso coinvolgimento dell'organo amministrativo.

i) Coinvolgimento del management nelle riunioni dell'OdV

Nella liturgia delle convocazioni dell'OdV con i diversi punti all'ordine del giorno, è necessario coinvolgere, in funzione delle materie da affrontare, i *manager* aziendali (amministratori, direttori, apicali, responsabili,...). Riunioni chiuse tra i componenti dell'OdV denotano basso coinvolgimento delle funzioni aziendali e conseguente isolamento dell'organismo di vigilanza.

j) Consistenza dei verbali dell'OdV

Anche i verbali dell'OdV possono fornire indicazioni utili sulla funzionalità della *compliance* 231. Verbali articolati e con molti punti trattati nelle riunioni denotano un'attività di

vigilanza svolta con profondità di argomenti. Verbali brevi e con pochi punti trattati denotano mero formalismo e certamente difficoltà dell'ufficio di vigilanza a trattare i temi di competenza.

k) Completezza e puntualità dei flussi informativi verso l'OdV

Argomento delicato e centrale poiché solo attraverso i flussi informativi si attiva la vigilanza, che pur nella continuità di azione rimane un ufficio con attività discrete e non quotidiane. L'argomento è trattato nel Modello, sovente solo come lista generica di informazioni da inviare all'OdV. Meriterebbe molto più spazio poiché è il punto abilitante della vigilanza. L'assenza di procedure statuite per assolvere al debito informativo e la presenza di flussi informativi asincroni, incompleti, intempestivi, non organizzati rendono asincrona, limitata persino casuale l'attività di vigilanza. Non un segnale di forza della *compliance* 231. Anzi di assoluta debolezza.

l) Chiarimenti e approfondimenti del management sul Modello

Indicatore prezioso per misurare se il Modello è oggetto di attenzione, attuazione e rispetto da parte del *management* e dei loro collaboratori diretti. Maggiori le richieste di chiarimento e approfondimento, maggiore certamente l'interesse all'applicazione del Modello ed alla volontà di rispettarne i suoi contenuti. Il silenzio equivale sovente a quel fenomeno che è possibile sintetizzare come "Modello in *cloud*".

m) Segnalazioni all'OdV (whistleblowing)

Termometro principe del funzionamento degli "anticorpi" aziendali, registra non poche difficoltà ad essere utilizzato quale strumento efficace di prevenzione dei reati. La cultura del controllo in Italia relega, purtroppo, il canale di segnalazione di violazioni del Modello a mezzo di delazione oppure a strumento diffamatorio quando invece dovrebbe essere espressione, pur nella grande delicatezza del suo impiego, di un pragmatico *alert*. La segnalazione di una violazione, di una disposizione o di una prescrizione del Modello non è delazione bensì l'evidenza che la cattiva pratica rilevata viola una disposizione aziendale (*rectius* il Modello deliberato dall'organo amministrativo), evento sentinella magari di qualcosa di più grave e, comunque, certamente di un profilo di rischio reato più elevato. La casistica assurda a cronaca di casi di ritorsione da parte dell'azienda nei confronti del segnalante e di utilizzo con finalità diffamatorie dello strumento non giova alla procedura. In questo senso, il legislatore ha provato a dare impulso alla metodica con l'intervento normativo del 2017 ma ad oggi con risultati parziali. Osta non solo il nostro atteggiamento culturale ma anche alcune criticità nella sfera della normativa sulla *privacy* sollevate dal Garante. Quale che sia la modalità scelta per attivare il canale, una semplice mail dedicata oppure un *software* che garantisce l'anonimato, la mancanza di segnalazioni è elemento che denota un sistema di *compliance* 231 con un vistoso "buco".

n) Numero di provvedimenti disciplinari per violazione del Modello

Indicatore anch'esso estremamente chiaro del funzionamento di un sistema di *compliance* 231. Nessun incoraggiamento ad irrogare provvedimenti disciplinari. Se però, dopo almeno 3-4 anni di attuazione del Decreto, l'ufficio del personale non ha effettuato alcuna istruttoria di provvedimenti disciplinari per violazione del Modello, non si può nascondere l'oggettiva perplessità a valutare come funzionale ed attivo il sistema di *compliance* 231. Anche i tribunali, oggi molto esperti sulla materia, valutano, ai fini dell'esimente, la presenza o meno di provvedimenti disciplinari irrogati per violazione del Modello da intendersi la "cartina di tornasole" dell'attività effettiva dell'impresa volta a prevenire la commissione di reati presupposto.

o) Monitoraggio del piano e stress test del Modello

Costante verifica dell'attuazione del piano con valutazione di avanzamento, tempi, criticità, eventuali correzioni significa avere sott'occhio l'avanzamento del piano di allineamento al Modello, strumento finalizzato ad assorbire i *gap* esistenti tra i suoi contenuti prescrittivi e la gestione effettiva. Monitoraggio quale occasione di riflessione su specifiche situazioni estreme che potrebbero verificarsi in azienda e che potrebbero suggerire interventi migliorativi dello stesso. L'attività, tipica della funzione di *compliance* 231, presuppone che a valle della predisposizione del Modello vi sia un piano operativo di allineamento. In molteplici esperienze, il piano inevaso è l'espressione plastica di una *compliance* soltanto annunciata e mai realizzata.

p) Frequenza e durata di aggiornamento del Modello

Visto che la normativa è assai dinamica, al pari dell'organizzazione aziendale e delle attività svolte, il Modello richiede aggiornamenti frequenti. Per aggiornare un Modello occorrono almeno 3 mesi. Considerando il contesto ed il pungolo all'aggiornamento dell'OdV, una ragionevole frequenza di aggiornamento e revisione del Modello può avere carattere al più biennale. Se i tempi dell'aggiornamento sono superiori, esiste qualche criticità del sistema di *compliance* 231.

Ricerca il corretto funzionamento della *compliance* 231 nell'azienda, significa trovare il punto di equilibrio tra competitività e legalità, concetti spesso percepiti come antitetici, non certo per esclusivo demerito delle imprese. Ricerca e preservare questo difficile equilibrio significa vivere il sistema di *compliance* 231 come garanzia per il *manager*, salvaguardia della reputazione dell'azienda, volano di sviluppo del *business*, fonte di competitività in qualsiasi mercato e settore industriale. Per evitare alla fine la più dura delle prove: l'inopinato e non augurabile coinvolgimento dell'ente in un procedimento giudiziario per reato presupposto.

STUDIORDL Advisory, compliance e progetti per imprese e enti (www.studiordl.it) - Dott. Roberto De Luca: +39 335 5280242, roberto.deluca@studiordl.it