

***“La responsabilità amministrativa
nelle banche, nelle assicurazioni e nella finanza:
ruolo delle associazioni, linee guida 231 e possibili sviluppi”***

26 Settembre 2013
ABI - Piazza del Gesù 49, Roma

Alessandro De Nicola – Presidente, The Adam Smith Society

Il ruolo delle Linee Guida nella costruzione dei Modelli

- Le Linee Guida forniscono alle imprese indicazioni di tipo metodologico su come predisporre un Modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire la commissione dei reati indicati nel D.Lgs. 231/2001.
- Lo stesso legislatore ha, infatti, indicato espressamente la possibilità che i Modelli vengano adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti (quali Confindustria, ABI, Confcommercio), comunicati al Ministero della giustizia, il quale, di concerto con i dicasteri competenti, potrà formulare, nel termine di trenta giorni, osservazioni in merito all'idoneità degli stessi a prevenire i reati (art. 6, comma 3, D.Lgs. 231/2001).
- Trattasi, nello specifico, di protocolli organizzativi di categoria finalizzati a codificare regole cautelari di prevenzione dei Reati 231.

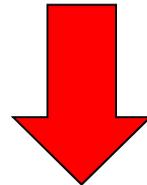
Il ruolo delle Linee Guida nella costruzione dei Modelli

Alcuni esempi di **Linee Guida** maggiormente utilizzate sono quelle emanate dalle organizzazioni più rappresentative, quali a titolo esemplificativo:

- **Confindustria**
- **ABI**
- **ANIA**
- **ASSOGESTIONI**
- **ASSOSIM**

Il ruolo delle Linee Guida nella costruzione dei Modelli

Le Linee Guida rappresentano, dunque, un importante punto di riferimento ai fini della costruzione del Modello. Esse fungono da guida pratica fornendo un orientamento concreto nell'analisi delle criticità che assumono differenti connotazioni da settore a settore.



I principi contenuti nelle Linee Guida costituiscono, infatti, anche importanti criteri interpretativi per il successivo giudizio di idoneità del Modello che il giudice penale deve formulare.

Il ruolo delle Linee Guida nella costruzione dei Modelli

In particolare, in virtù di quanto previsto dalle principali Linee Guida il Modello dovrebbe svilupparsi secondo i seguenti momenti logici:

- realizzazione di un'analisi delle aree a rischio-reato per verificare il grado di probabilità che in quell'area si realizzi un reato tra quelli indicati dalla legge (cd. mappatura delle aree di rischio);
- concreta individuazione delle possibilità realizzative dei singoli illeciti penali nell'ambito delle diverse aree dell'ente;
- verifica dell'esistenza di procedure operative e di quelle di controllo previste dal sistema organizzativo e della sufficienza o meno di tali procedure a prevenire la realizzazione di reati;
- creazione di un Organismo di Vigilanza, dotato dei necessari poteri di iniziativa e controllo, che operi al fine di verificare l'idoneità del Modello e la sua effettiva adozione;
- previsione di un sistema di flussi informativi da e verso l'Organismo di Vigilanza;
- adozione di un Codice Etico;
- previsione di un sistema di formazione e informazione degli esponenti dell'ente.
- previsione di un sistema disciplinare.

Linee Guida: difformità

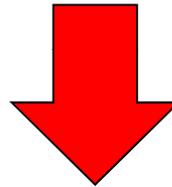
L'esame delle suddette Linee Guida tuttavia evidenzia come – in taluni casi e con riferimento ad alcuni dei punti cardine su cui dovrebbe fondarsi la costruzione di un Modello 231 – le stesse forniscano indirizzi in parte non uniformi



Linee Guida: difformità

La mancanza di omogeneità di contenuti e indirizzo tra le diverse linee guida, può presentare impatti problematici nei gruppi di imprese “misti”

Si pensi a titolo esemplificativo, ad un gruppo bancario di cui facciano parte anche compagnie assicurative e SGR.



Nei gruppi di imprese infatti, le indicazioni metodologiche indicate dalle Linee Guida di riferimento per ciascuna controllata si affiancano al potere di indirizzo spettante alla Capogruppo

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Struttura dell'Organismo di Vigilanza

– ASSOGESTIONI ritiene opportuna una composizione collegiale (*“si ritiene che la collegialità decisionale imponga la presenza di almeno tre membri effettivi”*).

– Confindustria, ABI, ASSOSIM ammettono, in ragione delle dimensioni dell'ente, un OdV di tipo monocratico o di tipo collegiale (*“nelle realtà di piccole dimensioni che non si avvalgano della facoltà di cui all'art. 6 comma 4 del D. Lgs 231/01*, la composizione monocratica ben potrebbe garantire le funzioni demandate all'organismo”*).

* funzione di vigilanza e controllo assolta dall'organo dirigente

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Composizione dell'Organismo di Vigilanza

1) ASSOSIM prevede che componente dell'Organismo di Vigilanza possa essere anche un dirigente dell'area amministrazione e finanza, ove le altre linee guida propendono invece per componenti meno "operativi"; Confindustria ad esempio afferma che *"i componenti interni dell'Odv non dovrebbero svolgere ... funzioni operative"*.

2) ASSOGESTIONI prevede che l'organo amministrativo debba nominare oltre ai componenti effettivi dell'Odv anche i membri supplenti; tale indirizzo non trova riscontro nelle altre linee guida di categoria.

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Problemi generati dalla mancanza di uniformità nel caso considerato

Si pensi al caso di una SIM appartenente ad un gruppo bancario, il cui Odv abbia fra i propri componenti un dirigente dell'area amministrazione e finanza e all'ipotesi in cui gli Odv delle diverse società del gruppo si trovino a dover affrontare congiuntamente una problematica rilevante in tema di responsabilità 231 e generata dall'operatività nelle singole società delle funzioni di amministrazione e finanza.

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Poteri dell'Organismo di Vigilanza

- ABI e ASSOSIM, oltre ai consueti poteri riconosciuti all'Odv anche dalle altre Linee Guida di categoria, riconoscono all'Organismo di Vigilanza il compito di avviare procedimenti disciplinari e (ABI) di proporre eventuali sanzioni;
- ASSOGESTIONI prevede che l'Odv (fatta salva la facoltà di delegare l'attribuzione al responsabile delle risorse umane) sia addirittura il *dominus* del procedimento disciplinare, attribuendo all'organo stesso il potere sanzionatorio;
- CONFINDUSTRIA prevede al contrario che all'Odv spetti unicamente il potere/dovere di segnalare *“all'organo dirigente, per gli opportuni provvedimenti, di quelle violazioni accertate del Modello organizzativo che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente”*.
- ANIA dispone che è opportuno che l'Odv faccia capo *“ad una figura o entità più alta nell'economia organizzativa dell'ente per poter rendere note le violazioni del Modello rilevate e far assumere dagli uffici competenti le conseguenti decisioni o sanzioni”*.



Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Problemi generati dalla mancanza di uniformità nel caso considerato

Si pensi al caso di una società di medie dimensioni aderente a Confindustria e partecipata in via maggioritaria da una SGR e che presso quest'ultima siano accentrate sulla base di un contratto di servizi le funzioni di HR.

In tale contesto, si immagini che l'Odv della controllata ravvisi una violazione al proprio Modello e attivi conseguentemente l'ufficio HR della SGR affinché vengano eventualmente adottati gli opportuni provvedimenti sanzionatori; l'ufficio HR della SGR, in aderenza alle proprie linee guida, incaricherà della questione il proprio Organismo di Vigilanza, con la conseguenza che eventuali provvedimenti sanzionatori originati da violazioni al Modello ravvisate dall'Odv della partecipata verranno decisi da un altro Odv (quello radicato presso la controllante).

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Reporting dell'Organismo di Vigilanza

- ANIA prevede che l'Organismo di Vigilanza debba riportare *“all'organo decisionale, nel suo insieme”* (i.e. Consiglio di Amministrazione).
- CONFINDUSTRIA, analogamente ad ANIA, prevede che il Modello debba prevedere il riporto dell'Organismo di Vigilanza *“al massimo vertice operativo aziendale ovvero al Consiglio di Amministrazione nel suo complesso”*.
- ASSOGESTIONI prevede che l'Odv oltre ad essere tenuto *“a riferire, relativamente alla conduzione e all'esito delle verifiche, direttamente e collegialmente agli organi amministrativi e di controllo della società”* *“debba informare con completezza e analiticità i soci con frequenza annuale”*.



Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Problemi generati dalla mancanza di uniformità nel caso considerato

Si pensi ad una SGR appartenente ad un gruppo assicurativo, con identità dei soci di riferimento; questi ultimi avrebbero una visibilità parziale sul sistema 231 di gruppo, ricevendo di fatto *reporting* unicamente dall'Odv della SGR e non da quello della compagnia assicurativa.

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Rilevanza 231 dei “Soggetti esterni”

- ABI sostiene che le banche non siano tenute a garantire il rispetto del Modello da parte di soggetti esterni (liberi professionisti) che agiscono nell’interesse dell’ente, ciò in considerazione della totale autonomia degli stessi rispetto all’ente e della mancanza di una sottoposizione alla direzione di quest’ultimo;
- ANIA è invece dell’opinione che ai fini della responsabilità amministrativa degli enti sia rilevante anche la posizione di questi ultimi, con conseguente raccomandazione di normare le sanzioni conseguenti a violazioni del Modello all’interno del contratto che disciplina il rapporto con l’ente;
- ASSOGESTIONI adotta una posizione analoga a quella assunta da ANIA.



Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Problemi generati dalla mancanza di uniformità nel caso considerato

Si pensi al caso di una SGR appartenente ad un gruppo bancario e al problema di coordinamento (in ottica di predisposizione di presidi 231) generato dall'eventuale condivisione dei medesimi consulenti esterni tra la banca e la SGR.

La SGR, in aderenza alle linee guida di categoria, adotterà misure (ad esempio, inserimento nel contratto con il consulente esterno di clausole risolutive espresse legate al mancato rispetto del Modello 231) volte a presidiare il comportamento dei consulenti esterni.

La Banca, al contrario, considererà non rilevante ai fini della prevenzione della responsabilità 231, l'operato dei consulenti esterni, generandosi di conseguenza un disallineamento pericoloso delle politiche di gruppo in materia 231.

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Il Modello nei Gruppi

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 (ABI).

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

L'Odv nei Gruppi

- ASSOSIM prevede che l'Odv della Capogruppo possa effettuare anche autonomamente verifiche e controlli su altre società del gruppo.
- Confindustria, per i casi in cui le controllate non siano quotate e non di grandi dimensioni, prevede che l'Odv delle controllate possa avvalersi, sulla base di uno specifico contratto di servizio, dell'Odv della Capogruppo nell'espletamento delle attività di vigilanza e controllo.
- ANIA prevede che tra gli Odv delle diverse società del gruppo possano essere instaurati rapporti di assistenza e collaborazione per l'espletamento delle attività di vigilanza e controllo.

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

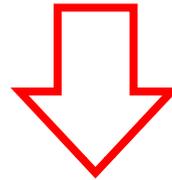
Problemi generati dalla mancanza di uniformità nel caso considerato

Il differente grado di ingerenza dell'Odv della capogruppo sull'attività delle controllate che sembra essere "autorizzato" dalle Linee Guida di categoria, può senz'altro rappresentare un ostacolo alla definizione di una politica 231 di gruppo condivisa ed efficiente.



Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

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



prevedendo una **trasmissione continua** o **periodica** di informazioni tra capogruppo e società da questa controllate al fine di favorire un flusso informativo continuo

Linee Guida: esempi di difformità e problemi di coordinamento

Coordinamento tra Organismi di Vigilanza:

- programmazione di riunioni periodiche per la condivisione e l'approfondimento di tematiche di interesse trasversale all'interno del Gruppo;
- 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;
- attuazione di flussi informativi "occasional" ove all'interno di una singola realtà aziendale si riscontrassero rischiosità o "falle" potenzialmente replicabili anche nelle altre società del Gruppo.

Linee Guida: opportunità di allineamento

In presenza di Linee Guida di categoria che presentano impostazioni difformi l'una dalle altre, una società controllata (di diversa estrazione rispetto alla capogruppo) si trova ad affrontare un potenziale contrasto di indirizzo in tema di prevenzione della responsabilità 231:

 *politica 231 diffusa dalla Capogruppo*

 *orientamento indicato dalle Linee Guida di categoria*

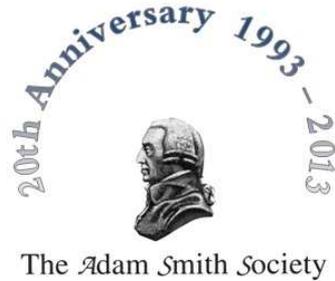
Linee Guida: opportunità di allineamento

Un allineamento delle Linee Guida 231 di categoria consentirebbe di adottare presidi 231 il più possibile OMOGENEI nell'ambito di un gruppo, per evitare che una cattiva organizzazione delle controllate possa essere giudicata come una politica di gruppo inefficace nel prevenire i reati (**c.d. omologazione compatibile**), consentendo al tempo stesso alla capogruppo un esercizio efficiente del proprio potere di impulso e coordinamento



Linee Guida: opportunità di allineamento

“fermo restando l’opportunità che ciascuna società valuti autonomamente le iniziative da assumere, sarà cura della capogruppo - anche al fine di contenere i costi e di migliorare l’efficienza e l’efficacia dei modelli elaborati dalle società appartenenti al gruppo - informare le controllate degli indirizzi da essa assunti in relazione alla prevenzione dei reati di cui al d.lgs. n. 231/2001, coordinando le iniziative assunte dalle controllate in materia e suggerendo criteri generali cui queste potranno uniformarsi, nel rispetto dell’autonomia di ciascuna società”.(Linee Guida ABI)



***“La responsabilità amministrativa
nelle banche, nelle assicurazioni e nella finanza:
ruolo delle associazioni, linee guida 231 e possibili sviluppi”***

26 Settembre 2013
ABI - Piazza del Gesù 49, Roma

Alessandro De Nicola – Presidente, The Adam Smith Society