

**Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Padova**

ORGANISMO DI VIGILANZA NELL'AMBITO DEI CONTROLLI SOCIETARI

26 Marzo 2018

Sala conferenze

ODCEC Padova

Relatore: Dott. Fabio Della Valle

Dottore commercialista in Padova e componente della Commissione
«Controlli in ambito societario»

DIRITTI RISERVATI



Studio Della Valle
AVVOCATI & COMMERCIALISTI



Il D.lgs.231/2001 e l'Organismo di Vigilanza: inquadramento giuridico

Organismo di Vigilanza: NOMINA, ATTIVITÀ E POTERI



Nomina dell'Organismo di Vigilanza: durata, compenso, revoca e dimissioni

Premessa

Il D.Lgs. 231/01 disciplina la responsabilità degli enti/società per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Agli artt. 6 e 7 del suddetto decreto in riferimento all'organismo dell'ente, a cui viene riconosciuto il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento, il legislatore ha previsto una disciplina nebulosa che ha lasciato spazio ad interpretazioni da parte della dottrina, arricchite dalle Linee Guida di Confindustria, nonché dalle circolari del CNDCEC e dalla Guardia di Finanza che si sono espressi in merito.



NOMINA

Risultava pacifico fino all'introduzione dell'art. 6 co. 4-bis del D.Lgs 231/01 che la nomina dei componenti dell'ODV spettasse all'organo amministrativo e non all'assemblea dei soci. Infatti è lo stesso organo dirigente, ai sensi dell'art. 6 co. 1 lettera a), che adotta ed attua efficacemente il MOG (modello organizzativo e gestionale), pertanto è implicito che debba essere lo stesso organo a nominare l'Organismo di vigilanza di cui ha scelto la composizione.

Art. 6 co. 4-bis.:

Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b). ⁽¹⁾

(1) Comma aggiunto dall'art. 14, co. 12, [L. 12 novembre 2011, n. 183](#).



Il comma 4-bis ha aperto nuovi scenari interpretativi, poiché in questa prospettiva, sarebbe l'assemblea dei soci, già competente a nominare il Collegio sindacale ex art. 2400 c.c. ad attribuire eventualmente allo stesso la funzione di revisione legale e di Organismo di Vigilanza.

Tale tesi consentirebbe anche di rafforzare l'indipendenza dell'ODV dal management societario, tuttavia, rischia di non conciliarsi coi principi del diritto societario ed in particolare con la norma di cui all'art. 2381 c.c., la quale riserva all'organo amministrativo il dovere di curare gli assetti organizzativi e di controllarne l'adeguatezza.

Pertanto, anche la nomina dell'Organismo di vigilanza, anche quando coincidente col Collegio sindacale di nomina assembleare, dovrebbe rientrare nella competenza esclusiva degli amministratori.

Sul punto, sarebbe necessario un intervento legislativo per meglio coordinare la norma con la disciplina del diritto societario in modo da risolvere questioni interpretative che rischiano di creare pericolose asimmetrie applicative.

Ai fini dell'evidenza documentale diventa opportuna formalizzare l'accettazione della carica per iscritto o nel primo verbale dell'Organismo di Vigilanza.



DURATA INCARICO

L'Organismo di vigilanza rimane in carica, solitamente, per tre esercizi come avviene per il Collegio sindacale

- È preferibile non estenderla per più di tre anni al fine di consentire una verifica periodica sull'efficacia dell'attività svolta



Possibilità di rinnovo del mandato: sarebbe preferibile prevedere nel modello un limite al rinnovo del mandato nei confronti dei medesimi componenti, onde evitare il crearsi di collegamenti stabili idonei ad affievolire l'indipendenza dei suoi membri



COMPENSI

Il tema del compenso spettante ai componenti dell'ODV risulta ancora aperto sia per la mancanza di una prassi consolidata sia per la difficoltà di predeterminare il carico di lavoro.

Tuttavia, il principio che sia dovuta la determinazione di un compenso è stato confermato anche in giurisprudenza dalla sentenza del Trib. Milano, sez. V civile, 9528/2012, secondo la quale la stessa indipendenza ed autonomia dell'Organismo suggeriscono l'onerosità dell'incarico conferito alle persone che lo compongono, atteso che questi aspetti sono meglio garantiti quando si estendono anche all'aspetto finanziario.

Si presuppone l'attribuzione di uno specifico compenso anche quando l'incarico viene attribuito ad un amministratore indipendente, sindaco effettivo, dipendente, che entrino a far parte dell'ODV, in relazione all'ampliamento di funzioni e responsabilità.



DETERMINAZIONE DEL COMPENSO

Con riferimento alla posizione del commercialista, si segnala la circ. CNDCEC settembre 2012, la quale afferma che per l'incarico di valutazione iniziale del rischio o di costruzione del Modello è plausibile un compenso commisurato al tempo impiegato dal professionista o dai suoi collaboratori.

In ogni caso, l'ammontare del compenso non può prescindere dalle seguenti considerazioni:

- analisi del modello di organizzazione e gestione della sua efficacia di massima;
- analisi delle aree di rischio;
- analisi dell'articolazione della struttura aziendale e della complessità delle procedure adottate;
- stima delle attività da svolgere e dei tempi ragionevolmente da impiegare a tal fine;
- quantificazione del corrispettivo annuo.

Si ritiene opportuno che sia determinato dal CdA contestualmente alla nomina e per l'intera durata del contratto.



REVOCA O DIMISSIONI

La revoca può intervenire per gravi inadempimenti relativi ai propri doveri o con il venir meno del requisito di onorabilità

Decadenza di diritto, ma deve essere comunque accertata dall'Organo amministrativo con un provvedimento motivato.

E' importante che la decisione di revocare l'incarico sia sempre motivata e si consiglia una disciplina dettagliata del potere di revoca per consentire all'organo amministrativo di rimuovere eventuali deficienze evitando «abusi» finalizzati all'allontanamento in modo arbitrario dell'Organismo di vigilanza.



ATTIVITA' E POTERI DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

PIANIFICAZIONE DELLE ATTIVITA'

La pianificazione delle proprie attività costituisce un elemento essenziale per la fase di insediamento dell'Organismo di vigilanza. Si ritiene che sia l'ODV debba predisporre un documento contenente elementi relativi alla:

- Periodicità degli incontri (almeno una volta l'anno, raccomandato ogni sei mesi);
- Modalità di convocazione e di tenuta delle riunioni (eventualmente tele o video conferenza), nonché di votazione e di redazione dei verbali nel libro delle adunanze dell'ODV;
- Modalità di stesura dei report periodici;
- Modalità di acquisizione, conservazione, verbalizzazione dei documenti e delle decisioni assunte.



Il sistema documentale e di evidenze diviene fondamentale al fine di dimostrare in modo idoneo ex post (anche a distanza di anni) l'effettività dell'azione dell'ODV e la sua rispondenza a quanto stabilito dalla legge. A tal proposito richiamando l'art. 6 co. 1 del D.Lgs. 231/01, il quale sancisce che, affinché, l'ente non risponda è necessario che «*non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).*»

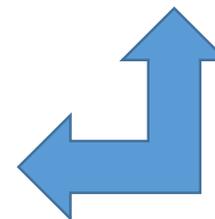
In merito si sono espresse la circ. CNDCEC settembre 2012 e la circ. G. d. F. 83607/2012 chiarendo che l'ODV deve:

- ✓ garantire che ogni attività sia documentata per iscritto ed ogni riunione o ispezione a cui esso partecipi venga opportunamente verbalizzata;
- ✓ adottare sistemi idonei alla registrazione degli accessi logici (autenticazione informatica) ai sistemi di elaborazione e agli archivi elettronici da parte dei membri dell'ODV;
- ✓ garantire che gli archivi elettronici e cartacei abbiano caratteristiche di completezza, inalterabilità e possibilità di verifica della loro integrità adeguate al raggiungimento dello scopo di verifica per cui sono richieste.



Nella sostanza, l'ODV deve essere in grado di dimostrare il corretto svolgimento della propria attività di vigilanza e delle proprie funzioni attraverso prove con evidenza documentale.

Circ. CNDCEC settembre 2012
(in tema di responsabilità amministrativa ex decreto 231/01)
Al paragrafo 2.4.1. afferma: «*potrebbe essere consigliabile garantire data certa a tutta la documentazione prodotta dall'ODV*».



Tuttavia, fermo restando l'opportunità di dare data certa ad alcuni atti, appare superfluo dalla dottrina.



Per quanto riguarda lo statuto di funzionamento dell'ODV, si ritiene opportuno che sia parte del modello, quindi, di competenza dell'organo amministrativo dell'ente/società, un documento che definisca:

- a. i criteri relativi alla nomina e alla cessazione della carica, alla composizione e al compenso dell'ODV;
- b. i requisiti di professionalità e di onorabilità ed alle cause di ineleggibilità e di incompatibilità;
- c. i compiti dell'ODV, i poteri attribuiti (inclusa la possibilità di avvalersi di collaboratori interni ed esterni);
- d. Il budget di spesa di competenza dell'ODV, con precisazioni in merito all'attribuzione e alle modalità di utilizzo.



FUNZIONI E POTERI DELL'ODV

LE FUNZIONI

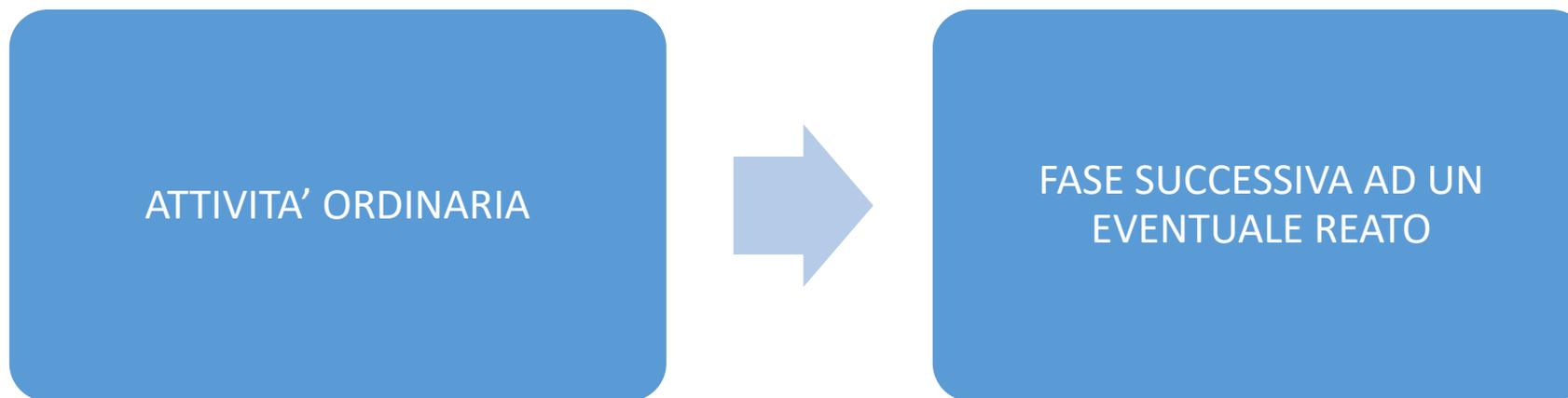
Riferimenti normativi

Art. 6 co. 1, lett. b) del D.Lgs. 231/01 secondo il quale se il reato è stato commesso da soggetti apicali,
«l'ente non risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).



Concentrandoci sulle attività che riguardano l'ODV (lettera b) e d) del decreto), è opportuno ricordare che, oltre all'attività ordinaria nel corso del mandato, si può ipotizzare un altro ambito di attività per il professionista chiamato a far parte dell'ODV.

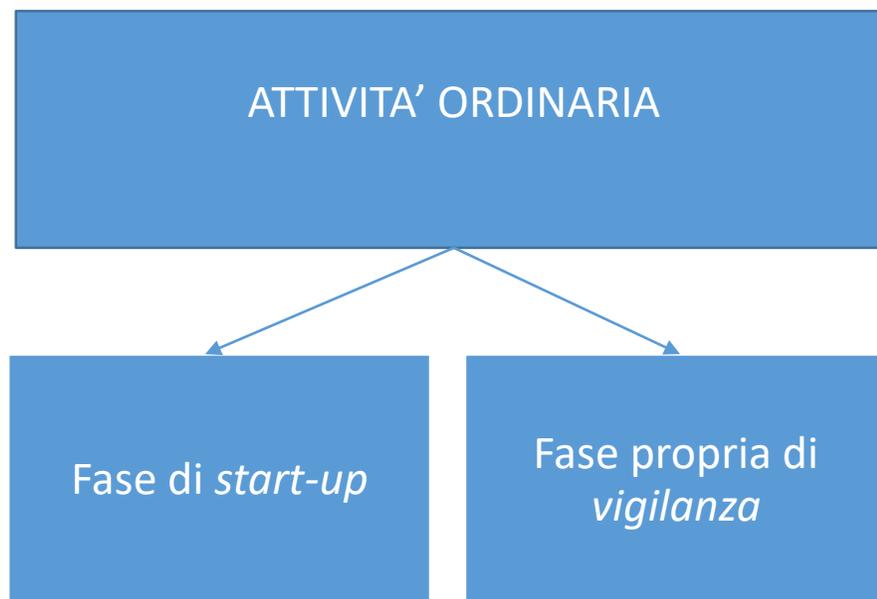




ATTIVITA' ORDINARIA

Successivamente alla nomina e nel corso del mandato l'ODV svolgerà la propria attività «ordinaria», nell'ambito della quale si possono ulteriormente distinguere due fasi:

- I. Fase di *start-up*
- II. Fase propria di *vigilanza*





I. FASE DI START-UP

Durante la fase di avvio l'ODV prende conoscenza del modello e verifica che «funzioni» e che sia idoneo allo scopo di prevenzione dei reati 231/01. In sostanza, riesamina le modalità con cui sono state compiute le fasi di *risk assessment*, *as-is analysis*, *gap analysis*, di mappatura dei processi e di valutazione dei protocolli.



REVISIONE DEL MODELLO

II. FASE DI VIGILANZA (controllo di secondo livello sulla bontà e rispetto delle procedure)

Nella sua fase «propria» di attività, individuata dagli artt. 6 e 7 del D.Lgs 231/01 e dalle Linee Guida delle Associazioni di categoria, l'ODV analizza il modello e pone in essere le seguenti funzioni:



- a) VIGILANZA SULL'EFFETTIVITÀ DEL MODELLO: verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito;
- b) VIGILANZA SULL'ADEGUATEZZA ED EFFICACIA DEL MODELLO: verifica della capacità del modello stesso di svolgere le proprie funzioni di prevenzione dei reati;
- c) ESAME DELLA SUSSISTENZA, EFFICIENZA E COMPLETEZZA DEI FLUSSI INFORMATIVI dalle Aree sensibili e dagli altri Organi sociali verso l'ODV e viceversa;
- d) VIGILANZA CIRCA L'ADEGUATA DIFFUSIONE DEL MODELLO ALL'INTERNO DELL'ENTE e della sua conoscenza da parte dei soggetti coinvolti;
- e) ANALISI DI MANTENIMENTO NEL TEMPO DEI REQUISITI DI SOLIDITÀ E FUNZIONALITÀ DEL MODELLO;
- f) AGGIORNAMENTO IN SENSO DINAMICO DEL MODELLO



FASE SUCCESSIVA AD UN EVENTUALE REATO

In merito alla azione di sollecitazione e di proposte/suggerimenti da parte dell'ODV per l'implementazione del modello al fine della prevenzione dei reati, si ritiene opportuno che l'ODV non si rivolga direttamente alle funzioni aziendali, in quanto si determinerebbe l'esclusione dell'organo amministrativo di vertice dall'attività che deve vederlo protagonista, trattandosi del soggetto responsabile dell'attuazione del modello .



COMUNICA con L'ORGANO AMMINISTRATIVO



I POTERI E IL BUDGET DI SPESA

Come già ricordato più volte ricordato, l'art. 6 co. 1 lett. b) del D.Lgs. 231/01 prevede che queste funzioni siano affidate ad «*un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*».

Anche secondo la già citata circ. G.d.F. n. 83607, *l'autonomia dell'Organismo di vigilanza va intesa in senso non meramente formale*.

Di conseguenza, si ritiene che l'ODV debba avere:

- Pieno accesso a tutte le aree aziendali della società;
- Facoltà di chiedere informazioni ritenute necessarie per gli approfondimenti sul MOG;
- Facoltà di avvalersi di strutture della società e dei suoi consulenti esterni;
- Facoltà di avvalersi anche di strumenti ulteriori, utilizzando un budget di spesa adeguato alle funzioni ed esigenze connesse alla sua attività (per trasferte, consulenze specialistiche, per audit specifici).



BUDGET DI SPESA



Budget annuale che deve essere preventivamente approvato dal CdA, il quale dovrà avere facoltà di richiedere un'integrazione qualora si rivelasse non sufficiente all'efficace svolgimento della propria attività.



SUGGERIMENTI PRATICI

Si riassumono di seguito alcuni suggerimenti procedurali per migliorare, semplificare e rendere l'attività dell'ODV più efficace ed efficiente:

- Prevedere che le riunioni, incontri con gli organi societari siano documentati da verbali datati, sottoscritti e conservati nell'apposito Libro delle adunanze dell'Organismo di vigilanza, in modo da attribuire data certa in caso di analisi dell'effettività delle operazioni. Si raccomanda, inoltre, di trasmettere via PEC i verbali dal Presidente dell'ODV agli altri componenti;
- Conservare le carte di lavoro, la documentazione acquisita ed il predetto Libro delle adunanze in un luogo aziendale (anche un armadio) in cui non abbiano accesso altre funzioni aziendali;
- Predisporre relazioni informatiche periodiche (di norma semestrali) per l'alta direzione in ordine alle attività di verifica e di vigilanza effettuate e all'esito delle stesse; dette relazioni dovranno, altresì, essere trasmesse al Collegio sindacale e al soggetto incaricato delle revisione legale;



- Verificare in sede di insediamento la dotazione finanziaria richiesta per l'importo ritenuto necessario e la sua disponibilità reale, che costituisce elemento essenziale per rendere concreto il requisito dell'autonomia dell'organismo;
- È opportuno che l'Organismo di vigilanza provveda a disciplinare un Regolamento interno delle proprie funzioni ed attività (convocazione ass., redazioni verbali, conservazione documenti, ecc.);
- Considerare gli aspetti connessi alla responsabilità civile della sua funzione, ad esempio richiedendo alla società /ente di sottoscrivere un'adeguata polizza assicurativa;
- Individuazione di un componente del CdA come referente formale per i rapporti con l'ODV, al fine di trasmettergli tutti i verbali relativi alla propria attività, limitandosi a trasmettere a tutti i componenti dell'Organo amministrativo le sole relazioni semestrali.