



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

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

26 marzo 2018

Sala conferenze ODCEC Padova

Afra Fedetto

Ragioniere Commercialista e Revisore Legale in Padova



ORGANISMO DI VIGILANZA

Requisiti e Composizione

RIFERIMENTI NORMATIVI:

Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231

Best practices:

**LINEE GUIDA PER LA COSTRUZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO* emanate da Confindustria, aggiornate al marzo 2014

**LINEE GUIDA PER L'ORGANISMO DI VIGILANZA EX D. LGS. 231/2001 E PER IL COORDINAMENTO CON LA FUNZIONE DI VIGILANZA DEL COLLEGIO SINDACALE* emanate dall'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Documento n. 18, maggio 2013

Afra Fedetto

Ragioniere Commercialista e Revisore Legale in Padova



P R E M E S S A

L'art. 6, co. 1, del D.Lgs. n. 231/2001 prevede che la Società possa essere esonerata dalla responsabilità amministrativa conseguente al compimento di alcune tipologie di reato, indicate nel decreto, commesse a vantaggio dell'Ente, se:

- l'organo dirigente ha adottato un Modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati;
- l'organo dirigente ha affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello, e di curarne l'aggiornamento, ad un organismo dell'Ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo (l'O.d.V.);
- se le persone che hanno commesso il reato hanno eluso il Modello;
- se non vi è stata insufficiente od omessa vigilanza da parte dell'O.d.V..

Tuttavia, l'art. 6 non fornisce alcun dettaglio in merito alla composizione dell'Organismo. La genericità della formulazione della norma, se da un lato può sembrare positiva perché lascia libertà di scelta alle Società, dall'altro le espone al rischio che le scelte operate non siano ritenute idonee ai fini dell'efficacia esimente del Modello.



Requisiti dell'Organismo di Vigilanza

I requisiti che devono possedere i componenti dell'Organismo di Vigilanza per ricoprire l'incarico sono:

- *onorabilità*
- *indipendenza*
- *autonomia*
- *professionalità*

con riferimento alle cause di ineleggibilità e decadenza previste dal codice civile per sindaci e amministratori (artt. 2382 e 2399 c.c.), e che gli stessi siano in grado di svolgere l'incarico conferito con

- *continuità d'azione.*



Nello specifico:

- Onorabilità: non possono essere nominati nell'Organismo di Vigilanza (e se nominati decadono dall'incarico) il fallito, l'interdetto, l'inabilitato o chi è stato condannato ad una pena che comporta l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici (art. 2382 cc.).
- Indipendenza: non può essere nominato componente dell'Organismo di Vigilanza colui che ha rapporti di parentela entro il quarto grado con gli amministratori della Società, e colui che è legato da rapporti di lavoro, professionale o dipendente, con la Società ed eventuali altre società controllate o che la controllano (si ritiene applicabile il disposto dell'art. 2399 c.c. relativo al Collegio Sindacale).



- Autonomia: l'Organismo di Vigilanza deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Per veder riconosciuta l'esclusione da responsabilità la Società deve dotarsi di un Organismo estraneo a qualsiasi forma di condizionamento da parte dei vertici aziendali ed esonerato da mansioni operative.

L'autonomia dell'O.d.V. deve concretizzarsi anche in autonomia patrimoniale: l'Organo Amministrativo della Società/Ente dovrà mettere a disposizione dell'O.d.V. un budget adeguato che consenta all'Organismo di esercitare il proprio incarico.

- Professionalità: pur non essendo presente nel decreto alcuna indicazione specifica in merito alla professionalità richiesta ai membri dell'Organismo di Vigilanza, è opportuno che gli stessi possiedano le competenze necessarie per poter svolgere efficientemente l'attività di vigilanza. Nel caso la Società presenti problematiche particolari, ed i componenti dell'O.d.V. non abbiano adeguate competenze, è necessario che all'Organismo sia data la possibilità di avvalersi di consulenti esterni, attribuendo allo stesso un budget di spesa congruo.



- Continuità d'azione: si intende la necessità che l'attività di vigilanza sul Modello organizzativo atto alla prevenzione dei reati sia svolta costantemente, in interazione con il management aziendale e con una periodicità tale da consentire di ravvisare in tempo reale eventuali situazioni anomale.

Il requisito della continuità d'azione può essere soddisfatto attraverso diverse soluzioni, ad esempio, con riferimento agli O.d.V. a composizione collegiale, mediante la presenza di componenti interni che possono apportare un contributo assiduo, oppure, nell'ipotesi di componenti esclusivamente esterni, mediante la costituzione di una segreteria tecnica in grado di coordinare l'attività dell'Organismo, assicurando l'individuazione di una struttura di riferimento all'interno della società.

Nell'ipotesi di O.d.V. a composizione collegiale mista, il grado di indipendenza e di autonomia dovrà essere valutato nella globalità dell'Organismo e non in riferimento ai singoli componenti.



Le Linee Guida emanate da Confindustria indicano, oltre ai requisiti già elencati, anche ulteriori condizioni preclusive nella scelta dei membri, che si possono così complessivamente riassumere:

- relazioni di parentela entro il quarto grado con i componenti dell'organo di amministrazione, dell'organo di controllo, dei revisori e dei soggetti apicali in genere;
- conflitto di interessi con la Società tale da pregiudicare l'indipendenza richiesta, basato su eventuali rapporti di dipendenza e/o consulenza;
- titolarità, diretta o indiretta, di partecipazioni nella società tali da permettere di esercitare influenza sull'ente giuridico;
- funzioni di amministrazione in imprese sottoposte a procedure concorsuali nei tre esercizi precedenti;
- rapporto di pubblico impiego svolto presso amministrazioni centrali o locali nei tre anni precedenti alla nomina a membro dell'O.d.V.;
- sentenze di condanna o patteggiamento, sia in Italia che all'estero, per delitti richiamati del D. Lgs. 231/2001;
- condanna con sentenza passata in giudicato o sentenza con applicazione di una pena che comporta l'interdizione dai pubblici uffici.



I requisiti richiesti all'Organismo di Vigilanza e le condizioni preclusive per la nomina devono essere specificati nel Modello organizzativo.

In tal senso si è espressa più volte la giurisprudenza, in particolare:

- ✓ cfr. ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, c.d. «Decalogo 231»;
- ✓ cfr. ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

(stralcio ordinanze)

Un importante contributo interpretativo in merito ai requisiti e alla composizione dell'O.d.V. è fornito quindi dalla giurisprudenza; interessante la sentenza Thyssen Krupp del 22 maggio 2013 della Corte di Assise di Appello di Torino che, con ha giudicato inefficace il Modello a causa della mancanza del requisito di autonomia dell'O.d.V. *(stralcio sentenza)*.



Composizione dell'Organismo di Vigilanza

Il D. Lgs. 231/2001 non fornisce indicazioni in merito alla composizione dell'Organismo, lasciando libera la Società di optare per una composizione **monocratica** o **collegiale**.

La scelta tra l'una o l'altra soluzione dev'essere fatta in funzione delle finalità perseguite dalla legge, cioè la necessità di assicurare l'effettiva e continua esecuzione dei controlli.

La composizione dell'O.d.V. dovrà essere modulata sulla base delle dimensioni e del tipo di attività svolta dalla Società, e conseguentemente delle criticità collegate.

Nelle aziende di maggiori dimensioni, con una struttura organizzativa complessa e con un profilo di rischio reato più alto, sarà opportuno fare ricorso ad una composizione collegiale, con professionalità e competenze specifiche che difficilmente possono essere rinvenute in un unico soggetto.

Per quanto riguarda il concetto di aziende di piccole dimensioni, in assenza in tal senso di una indicazione specifica del legislatore, si fa riferimento alla raccomandazione della Commissione Europea del 6 maggio 2003 n. 2003/361/CE (decorrenza 1.1.2005) che indica all'art. 2 dell'allegato le soglie, intese come valori massimi, per la definizione della categoria di piccola impresa: numero dei dipendenti inferiori alle 50 unità e fatturato annuo non superiore ai 10 milioni di euro.



Nella prassi vi è una maggiore diffusione degli O.d.V. a composizione collegiale, anche se negli Enti di più piccole dimensioni si opta spesso per un Organismo monocratico e, in tal caso, l'incarico viene affidato con maggior frequenza ad un professionista esterno (*caso Impregilo - stralcio sentenza*).

Nel caso di composizione plurisoggettiva possono far parte dell'O.d.V. sia componenti interni che esterni alla Società, purché ovviamente in possesso dei requisiti richiesti.

La presenza di soggetti esterni, nell'ambito dell'organo collegiale, rappresenta una ricchezza di professionalità e di terzietà negli accadimenti della Società, intesa come la capacità di percepire le vicende aziendali senza il coinvolgimento tipico dei soggetti che lavorano quotidianamente all'interno dell'azienda stessa.

E' opportuno che, almeno tra i membri esterni all'O.d.V., sia presente la figura di un professionista con esperienza di diritto penale e di procedura penale, per una corretta analisi del rischio reato e per la verifica della capacità del Modello di costituire una difesa efficiente.

E' altresì opportuno che i componenti siano in numero dispari, per garantire eventuali maggioranze decisionali.

.



Parte della dottrina ammette che la nomina a membro dell'O.d.V. possa essere conferita ad una persona giuridica, che dovrà garantire il possesso, tramite le persone fisiche della propria organizzazione, dei requisiti richiesti per l'esercizio dell'incarico.

Per ultimo, una ulteriore forma di Organismo potrebbe essere costituita esclusivamente da componenti esterni alla Società.

Infatti, seppur l'art. 6 comma 1 lettera b) del D. Lgs. 231/2001 in merito alla composizione dell'O.d.V., indichi che l'Ente deve avvalersi di una struttura costituita al suo interno (*“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”*), la composizione con membri esterni non modifica il fatto che tale O.d.V. rimane comunque un Organismo della Società che lo ha costituito, pur se formato da persone esterne, analogamente al Collegio Sindacale.



Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale

Il comma 4bis dell'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 (inserito con la Legge di Stabilità 2012 n. 183/2011) indica la facoltà data alle società di capitali di attribuire a strutture aziendali già esistenti all'interno della Società, come il Collegio Sindacale, il Consiglio di Sorveglianza e il Comitato per il controllo della gestione, le funzioni di Organismo di Vigilanza.

Contro l'ipotesi della coincidenza degli incarichi è schierata l'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza, principalmente per il possibile conflitto di interessi tra organi con finalità e funzioni diverse, e di posizione analoga si trova traccia nella circolare della Guardia di Finanza n. 83607 del marzo 2012.

Con una maggiore apertura si è espresso il Codice di Autodisciplina delle società quotate, che nell'aggiornamento del 15 luglio 2014 affida la scelta alle società stesse.

Una posizione più marcata è stata assunta dalla Banca d'Italia che, nell'aggiornamento del 2 luglio 2013 della circolare n. 263/2006 afferma che *“l'organo con funzione di controllo svolge, di norma, la funzione dell'OdV...”*.



Senza dimenticare la Cassazione che, con sentenza a Sezioni Unite n. 38343/2014, ha affermato che *“le innovazioni normative in ordine alla composizione dell'OdV (...) non mettono in crisi la primaria istanza di indipendenza dell'organo”*.

Le linee guida di Confindustria evidenziano invece che l'attribuzione del duplice ruolo deve essere oggetto di attenta valutazione, per evitare l'insorgere di possibili conflitti di interesse o di carenze nei controlli, rilevando che *“probabilmente saranno inclini a percorrere tale opzione organizzativa soprattutto le imprese caratterizzate da una minore complessità strutturale”*.

Anche il nostro Consiglio Nazionale si è espresso in merito, ricordando di considerare sempre le sostanziali differenze di funzioni tra le due figure, per evitare inadempimenti al ruolo di vigilanza in continuità d'azione. Le linee guida dell'Istituto di Ricerca evidenziano che le duplici funzioni, di vigilanza ex art. 2403 c.c. e di O.d.V. ex D.Lgs, 231/2001, devono rimanere distinte ma coordinate tra loro, allo scopo di poter ottenere benefici in termini di operatività ed una migliore diffusione dei flussi informativi.