ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI ODCEC di MILANO

La convivenza dell'ODV231
nel sistema dei controlli interni

L'esercizio delle funzioni dell'Organismo di Vigilanza da parte del Collegio Sindacale

ASCENSIONATO CARNA'
carna@studiocarna.it

4 dicembre 2018

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231

- Il Decreto 231/2001 - recante la "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*" - ha introdotto la responsabilità amministrativa degli enti a seguito della commissione (o anche del solo tentativo di commissione) di talune fattispecie di reato, richiamate dalla medesima normativa, da parte di **soggetti apicali** o **sottoposti**, **nell'interesse o a vantaggio** dell'ente.

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: l'esimente

- L'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 contempla una forma di **esonero** da responsabilità dell'ente se questo è in condizione di dimostrare di aver adottato ed *efficacemente* attuato **Modelli di organizzazione, gestione e controllo** idonei a prevenire la realizzazione dei cosiddetti reati presupposto.

- E' indispensabile, inoltre, aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello ad un apposito **Organismo di Vigilanza**.

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: l'esimente

Con particolare riferimento all'attività di vigilanza:

"*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 controllo*" (art. 6, c. 1, lett. b);

"*Non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di cui alla lettera b*" (art. 6, c. 1, lett. d).

Negli enti di piccole dimensioni "*i compiti indicati nella lettera b), del comma 1,* ***possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente***" (comma 4 dell'art. 6).

Il comma 4-*bis* dell'art. 6 del D.Lgs. n. 231/01 aggiunto dall'art. 14, c. 12, L. 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012) disciplina che i compiti dell'OdV **possono essere svolti dal Collegio Sindacale**

COMPITI, POTERI E MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO DELL'ODV

L'Organismo di Vigilanza ha la responsabilità della:

- ✓ vigilanza sull'osservanza del Modello;
- ✓ supervisione sul funzionamento del Modello;
- ✓ attivazione in merito all'aggiornamento del Modello.

La necessità di aggiornare il Modello può derivare da molteplici fattori, quali, ad esempio:

- ✓ dal riscontro di violazioni (o tentativo) del Modello;
- ✓ dalla commissione di uno o più reati-presupposto;
- ✓ da modifiche sul piano organizzativo della Società;
- ✓ dall'ampliamento del catalogo dei reati-presupposto;
- ✓ Analisi flussi informativi e whistleblowing;
- ✓ altro.

COMPITI, POTERI E MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO DELL'ODV

In particolare:

- ✓ vigilanza sulla prevenzione della commissione dei reati richiamati dal D.Lgs. 231/01;
- ✓ attività di controllo sui processi sensibili ed esposti ad alto rischio di commissione reato;
- ✓ verifica del rispetto del Modello e dei protocolli di decisione, rilevando eventuali comportamenti anomali che dovessero emergere dall'analisi dei flussi informativi e dalle segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie strutture organizzative;
- ✓ periodica attività ispettiva e di controllo, di carattere continuativo ed ogni volta lo ritenga necessario, in considerazione dei vari settori di intervento o delle tipologie di attività e dei loro punti critici al fine di verificare l'efficienza e l'efficacia del Modello;

COMPITI, POTERI E MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO DELL'ODV

- ✓ promozione di iniziative per la diffusione della conoscenza e della comprensione all'interno della Società del Modello, dei contenuti del D.Lgs. 231/01, del Codice etico, nonché iniziative per la formazione del personale e la sensibilizzazione dello stesso all'osservanza del Modello;
- ✓ promozione e coordinamento delle iniziative volte ad agevolare la conoscenza e la comprensione del Modello all'esterno della Società;
- ✓ formulazione di pareri in merito al significato ed all'applicazione delle previsioni contenute nel Modello, alla corretta applicazione dei protocolli e delle relative procedure di attuazione;
- ✓ segnalazione tempestiva all'organo dirigente, per gli opportuni provvedimenti, delle violazioni accertate del Modello che possono comportare l'insorgere di una responsabilità per la Società;
- ✓ verifica dell'idoneità del sistema disciplinare ai sensi e per gli effetti del D.Lgs. 231/01.

COMPITI, POTERI E MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO DELL'ODV

L'OdV deve essere dotato di tutti i poteri necessari per assicurare una puntuale ed efficiente vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello organizzativo adottato dalla Società e per curarne il relativo aggiornamento.

A tal fine, l'OdV può disporre in qualsiasi momento:

- ✓ atti di ispezione e controllo;
- ✓ accesso ad atti aziendali, riservati e non, ad informazioni o dati e procedure, ad ogni altro dato, atto o informazione ritenuti utili;
- ✓ altro.

COMPITI, POTERI E MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO DELL'ODV

La composizione dell'Organismo di Vigilanza deve essere tale da garantire i seguenti requisiti oggettivi e soggettivi:

- onorabilità
- professionalità
- indipendenza
- autonomia e continuità d'azione.

L'OdV deve possedere un *mix* di competenze tale da poter mettere in atto molteplici attività.
La sempre maggiore varietà delle fattispecie normative e complessità del modello di *business* comporterà scelte di non agevole assunzione in relazione al *trade-off* tra la necessità di assicurare un'azione di vigilanza tecnicamente competente e l'esigenza di non pregiudicare l'efficienza dell'azione.

L'ATTRIBUZIONE AL COLLEGIO SINDACALE DELLA FUNZIONE DI ODV

Il comma 4-*bis* dell'art. 6 del D.Lgs. n. 231/01 aggiunto dall'art. 14, c. 12, L. 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012) disciplina che:

> "*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)*".

Tale novella normativa ha alimentato un proficuo dibattito, con esiti spesso contraddittori, non definitivi.

L'ATTRIBUZIONE AL COLLEGIO SINDACALE DELLA FUNZIONE DI ODV

- L'**IRDCEC** (Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti ed Esperti contabili) sottolinea la necessità che i due ruoli, sebbene in capo allo stesso Organo, rimangano formalmente distinti. In caso di conflitto, dovranno ritenersi prevalenti le disposizioni proprie del Collegio Sindacale;

- **ABI** è intervenuta in merito chiarendo che i poteri autonomi di iniziativa e controllo previsti dal D.Lgs. 231/2001 non sono coerenti con la posizione ricoperta dal Collegio Sindacale, organo di per sé passibile di censure proprio ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

- Il **Codice di Autodisciplina** delle società quotate ha affidato alla valutazione discrezionale delle società l'opportunità di assegnare le funzioni di OdV al Collegio Sindacale purché vengano contemperate le esigenze di efficienza ed efficacia complessiva del sistema di controllo interno.

L'ATTRIBUZIONE AL COLLEGIO SINDACALE DELLA FUNZIONE DI ODV

BANCA D'ITALIA con Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 (15° aggiornamento del 2 luglio 2013):

- definisce *organo con funzione di controllo* il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione;

- chiarisce che "*L'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza – eventualmente istituito ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti - che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo decreto legislativo. Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito dandone adeguata motivazione".*

L'ATTRIBUZIONE AL COLLEGIO SINDACALE DELLA FUNZIONE DI ODV

LE OPPORTUNITA' OFFERTE DALLA NORMA

- Attribuire la funzione di OdV ad un organo dell'ente già esistente consente un'ottimizzazione delle risorse.

- Il Collegio si caratterizza per l'assenza di compiti operativi: i requisiti di indipendenza richiesti *ex lege* ai suoi componenti sono molto stringenti e definiti sul piano normativo.

- I sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e controllo ed hanno accesso a tutta la documentazione societaria.

L'ATTRIBUZIONE AL COLLEGIO SINDACALE DELLA FUNZIONE DI ODV

I LIMITI DERIVANTI DALLA NORMA

- La norma crea un inevitabile *cortocircuito* laddove consente l'attribuzione al Collegio Sindacale, di nomina assembleare, di un ulteriore incarico – paraconsultivo - di natura professionale da parte dell'organo di gestione.

- Per gli OdV è richiesto un *mix* di professionalità, spesse non proprie del Collegio Sindacale.

- Il Collegio Sindacale è esso stesso soggetto attivo di alcuni reati presupposto previsti dal legislatore 231 (i.e.: societari, antiriciclaggio, etc.).

L'ATTRIBUZIONE AL COLLEGIO SINDACALE DELLA FUNZIONE DI ODV

I LIMITI DERIVANTI DALLA NORMA

- Il comma 4-*bis* fa esplicito riferimento al "*collegio sindacale*" quale organo che può svolgere le funzioni di OdV: ne deriva l'impossibilità *(?)* di attribuire tali funzioni al sindaco unico.

- In considerazione della specifica disciplina della responsabilità penale del Collegio Sindacale, quest'ultimo potrebbe esser chiamato a rispondere anche in caso di omesso intervento per fatti illeciti conosciuti nell'esercizio delle sue funzioni di OdV (cosiddetta posizione di garanzia).

Q&A