ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Professione e disciplina della Responsabilità degli Enti

ex D.Lgs. 231/2001

I profili di responsabilità civile dell'OdV, anche alla luce della possibilità per il componente del Collegio Sindacale di assumere il ruolo di OdV

Avv. Aldo Sacchi
STUDIO LEGALE GALBIATI SACCHI E ASSOCIATI

11 luglio 2017 Sala Convegni Corso Europa 11 Milano

Sommario

PRIMA PARTE

La responsabilità civile dell'Organismo di vigilanza («OdV»)

SECONDA PARTE

La responsabilità civile dell'OdV in caso di attribuzione delle relative funzioni al Collegio Sindacale

La responsabilità civile dell'Organismo di vigilanza («OdV»)

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Premessa

- Obiettivi della presentazione: ricostruzione dei temi di natura civilistica analizzati in dottrina e dalla (limitata) giurisprudenza;
- il legislatore non detta una disciplina specifica in tema di responsabilità dell'OdV;
- la responsabilità dei membri dell'OdV va ricostruita alla luce dei principi generali del codice civile relativi ai rapporti giuridici obbligatori e alla responsabilità da inadempimento.

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Natura della possibile responsabilità civile dei membri dell'OdV

Da analizzare sotto un duplice profilo:

- Extracontrattuale (nei confronti dei terzi)
- Contrattuale (nei confronti della società)

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Responsabilità Extracontrattuale

Secondo l'opinione maggioritaria in dottrina:

- la normativa non attribuisce all'OdV una posizione di garanzia a tutela dei terzi (soci, creditori e altri soggetti interessati);
- i destinatari degli atti, delle verifiche e delle relazioni dell'OdV sono l'organo amministrativo e l'organo di controllo e non i terzi;
- secondo alcuni, poi, neppure l'eventuale attribuzione contrattuale all'OdV di poteri più ampi di quelli previsti dalla legge vale a costituire un obbligo di tutela dei terzi: obbligo che può trovare fondamento solo nella legge.

Secondo questa impostazione, **NO** responsabilità extracontrattuale

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Responsabilità Extracontrattuale

NO responsabilità extracontrattuale

Di conseguenza, secondo l'impostazione sopra richiamata, nel caso in cui, in presenza della commissione di un reato presupposto, sia accertata l'inadeguatezza del Modello di prevenzione dei reati («Modello 231») e sia accertata la responsabilità della società, i terzi non potranno rivalersi nei confronti dell'OdV ma solo nei confronti degli amministratori e dei sindaci ex art. 2394, 2395 e 2407 cod. civ.

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Responsabilità Contrattuale

Secondo la dottrina, i membri dell'OdV sono responsabili nei confronti della società che li ha nominati

SI responsabilità contrattuale

L'ente condannato ex D.lgs. 231/2001 per responsabilità "da reato" può esperire azioni civili intese a conseguire, da coloro che ne hanno creato i presupposti, il risarcimento del danno economico conseguente alla condanna; fra questi soggetti, oltre agli amministratori, i sindaci e gli altri organi sociali deputati alla gestione ed al controllo, si può annoverare anche l'Organismo di Vigilanza qualora sia provato che lo stesso non ha vegliato in modo diligente sul funzionamento e sull'osservanza del Modello di organizzazione e gestione

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Responsabilità Contrattuale – Considerazioni preliminari

- La responsabilità dei membri dell'OdV va ricondotta ai canoni della responsabilità professionale;

- secondo la dottrina maggioritaria, non è possibile applicare in via analogica la disciplina «speciale» dettata per i componenti del collegio sindacale: i membri dell'OdV sono legati alla società da un rapporto di natura contrattuale di prestazione d'opera; l'Odv non costituisce un organo della società.

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Responsabilità Contrattuale – Natura dell'obbligazione

L'Odv è tenuto ad adempiere un'obbligazione di mezzi:

- l'OdV non è tenuto a garantire un risultato utile, consistente nell'impedire che gli amministratori ed i loro sottoposti commettano illeciti;

- parimenti l'OdV non sarebbe tenuto a garantire che il modello organizzativo, sul cui funzionamento, osservanza ed aggiornamento l'organismo deve vigilare, regga alle censure del Tribunale.

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Responsabilità Contrattuale – Presupposti e onere probatorio

La responsabilità non può essere attribuita in via oggettiva: per invocarla la società non può limitarsi a rilevare la commissione di un reato presupposto ma deve provare:

- Inadempimento (violazione di un obbligo, di un divieto, previsto dalla legge o dal contratto): mancata vigilanza da parte dell'OdV;

- sussistenza del danno (derivante da sanzioni pecuniarie ed interdittive inflitte per commissione reato presupposto);

- nesso causale tra il danno e l'inadempimento.

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Responsabilità Contrattuale – Presupposti e onere probatorio (il requisito della diligenza)

- L'OdV risulterà inadempiente ogniqualvolta non adempia diligentemente gli obblighi specifici ad esso attribuiti dalla legge o dal contratto;

- il grado di diligenza richiesto all'OdV è quello della diligenza professionale: si applica l'art. 1176, comma 2, cod. civ., secondo cui «la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

La responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Responsabilità Contrattuale – Soggetto legittimato attivo

- Unico soggetto legittimato all'esercizio dell'azione di responsabilità è la società che ha nominato i membri dell'OdV, conferendo loro l'incarico;
- secondo una parte della dottrina: l'esercizio dell'azione compete all'organo amministrativo;
- secondo altra parte della dottrina, l'esercizio dell'azione compete all'assemblea. In presenza dell'accertamento dell'inadempienza, la società potrà anche procedere alla revoca dei membri dell'OdV.

La responsabilità civile dell'OdV in caso di attribuzione delle relative funzioni al Collegio Sindacale

La responsabilità civile dell'OdV in caso di attribuzione delle relative funzioni al Collegio Sindacale

Profili introduttivi

Legge di Stabilità del 2012

Ai sensi dell'art. 6 comma *4-bis*, D. Lgs. 231/01:

«*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*»

Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana

Codice Autodisciplina lascia a Emittenti valutazione opportunità di esercitare *opt in* nell'ambito della razionalizzazione sistema dei controlli

Per Banche vale regola inversa: Collegio è di *default* anche OdV, salvo esercizio *opt out* motivando tale scelta (cfr. Circolare 285 Banca d'Italia)

La responsabilità civile dell'OdV in caso di attribuzione delle relative funzioni al Collegio Sindacale

Coincidenza del Collegio Sindacale con l'OdV: sintesi di alcune posizioni

SI	NO
❑ Il CS gode di **piena autonomia**, requisito richiesto all'OdV ❑ Il **ricorso a soggetti esterni** che ricoprano la funzione di OdV non è agevole considerando le difficoltà che si riscontrerebbero nell'assicurare a tali soggetti tutte le informazioni richieste dall'art.6, c.2, lett. *d)* previste dalla legge. ❑ I membri del CS possiedono la necessaria **professionalità e indipendenza** dall'organo gestorio. ❑ Il CS dovrebbe comunque vigilare sul funzionamento del modello nell'ambito del generale dovere di vigilanza sulla società (cfr. artt. 2403 c.c.; 149 TUF)	❑ Il CS non riuscirebbe a garantire la **continuità d'azione** richiesta all'OdV ❑ L'OdV avrebbe **compiti specialistici**, diversamente dalla **funzione di vigilanza e presidio del rischio legale di impresa** assegnate al CS; ❑ Rischio di **conflitto di interessi** del sindaco: tra ruolo di controllore e componente dell'OdV: a rischio il requisito dell'indipendenza→ rilevanza ai fini dei **reati societari presupposto**. ❑ Le **competenze** richieste al CS sono **solo in parte analoghe** a quelle richieste all'OdV.

La responsabilità civile dell'OdV in caso di attribuzione delle relative funzioni al Collegio Sindacale

Considerazioni generali sul ruolo del Collegio Sindacale

- Il Collegio Sindacale, sia nelle società quotate sia nelle società chiuse, ha il compito di vigilare sull'adeguatezza degli assetti organizzativi – e del sistema di controllo interno – e sul loro concreto funzionamento;

Art. 2403 cod. civ.; art. 149 TUIF; art. 19 D. Lg. 39/2010

- il grado di diligenza richiesto al Collegio Sindacale nell'esercizio dell'attività di vigilanza sugli assetti è elevato: la vigilanza si spingerebbe oltre la legalità sostanziale;

- secondo la dottrina, il «Modello 231» rientra nel sistema di controllo interno: il Collegio Sindacale sarebbe in ogni caso tenuto a vigilare sul modello a prescindere dall'attribuzione delle funzioni specifiche di OdV;

- secondo una differente ma isolata posizione espressa in giurisprudenza, se OdV è istituito e ha autonomi poteri di iniziativa e di controllo, vigilanza su adeguatezza Modelli 231 competerebbe a OdV; richiedere stessa attività a collegio sindacale potrebbe implicare «sostanziale duplicazione dell'attività specifica dell'OdV» rispetto al dovere di vigilanza sulle norme di legge e di statuto svolto dal CS.

La responsabilità civile dell'OdV in caso di attribuzione delle relative funzioni al Collegio Sindacale

Considerazioni generali in tema di responsabilità di organismi interni alla società

- Occorre poi segnalare, per un quadro più ampio di contesto, che in dottrina emerge una generale tendenza a responsabilizzare organismi interni alla società (composti da amministratori) con compiti anche meramente consultivi e istruttori (es. Comitato Controllo e Rischi);

- occorre pertanto tenere in considerazione la concreta composizione dell'OdV.

La responsabilità civile dell'OdV in caso di attribuzione delle relative funzioni al Collegio Sindacale

Responsabilità dei membri dell'OdV in caso di attribuzione delle relative funzioni al collegio sindacale

- Collegio Sindacale = OdV: alla responsabilità dei sindaci derivante dall'obbligo di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo della società e sul suo concreto funzionamento si sommano le responsabilità specifiche derivanti dall'assunzione della funzione di OdV;
- Collegio Sindacale = OdV: la coincidenza tra le due funzioni non comporta un'attenuazione della posizione di garanzia rivestita dal sindaco ai sensi dell'art. 2403 cod. civ.;
- Collegio Sindacale = OdV: ampliamento dei doveri conoscitivi dei sindaci;
- Collegio Sindacale = OdV: il grado di diligenza professionale richiesta ai membri dell'OdV subirebbe un incremento dovuto all'applicazione dell'art. 2407 cod. civ.