



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

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

Sistemi di Compliance e Decreto Legislativo 231

L'Organismo di Vigilanza: aspetti introduttivi

Dott. Marco Rescigno
Dottore Commercialista e Revisore Legale in Bergamo



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

18 ottobre e 2013

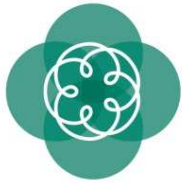


S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano

Indice dell'intervento

- a) Aspetti introduttivi
- b) La scelta dei componenti dell'OdV
- c) Gli obblighi informativi verso l'OdV
- d) La responsabilità dell'OdV
- e) L'OdV nei gruppi d'impresa



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

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

Aspetti introduttivi



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Aspetti introduttivi

Art. 6 D. Lgs. 231 prevede che l'ente **non risponde se prova che**

- lettera b) «il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curarne l'aggiornamento sia affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo»
- lettera d) «non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di cui alla lettera b)»

Aspetti introduttivi

- ❑ l'Organismo di Vigilanza **è il secondo pilastro della normativa** dettata dal D. Lgs 231/2001
- ❑ in mancanza di tale organo, anche il più completo modello organizzativo **è inefficace** e non è in grado di evitare sanzioni a carico dell'ente

Aspetti introduttivi

Competenze Organismo di vigilanza

- ❑ accerta efficienza ed efficacia del Modello Organizzativo adottato, il rispetto delle procedure ed accerta gli eventuali scostamenti
- ❑ effettua periodici esami sul modello per verificarne la tenuta e l'aggiornamento
- ❑ segnala agli organi dirigenti gli opportuni provvedimenti in caso di violazioni accertate del modello
- ❑ informa periodicamente gli organi dirigenti e di controllo sul tema 231

Aspetti introduttivi

- ❑ **verifica il mantenimento** nel tempo dei requisiti di funzionalità
- ❑ **assicura il collegamento funzionale** con gli altri organismi del gruppo
- ❑ **interpreta** il modello
- ❑ **diffusione** e **formazione**

Aspetti introduttivi

NOMINA

- atto proprio del Consiglio di Amministrazione** in virtù dei doveri ex art. 2381 (cura assetto organizzativo)
- policy aziendali **possibili ulteriori passaggi** procedurali (autorizzazione assemblea nel limite del 2364 o parere del collegio sindacale)

DURATA

- consigliabile **legarlo alla durata dell'organo** che nomina
- Possibile considerare anche una nomina **a rotazione** dei componenti con scadenze differenziate

Aspetti introduttivi

REVOCA

dovrà essere **deliberata nelle stesse forme della nomina**

la revoca dovrà avvenire solo per **giusta causa.**

Esempi di giusta causa:

- perdita dei requisiti soggettivi (indipendenza)
- sopraggiunto motivo di ineleggibilità (perdita dei requisiti di onorabilità)
- negligenza nell'assolvimento dei compiti connessi con l'incarico conferito
- omessa o insufficiente vigilanza

....e il compenso.....

I requisiti richiesti all'OdV

AUTONOMIA

INDIPENDENZA

PROFESSIONALITA'

CONTINUITA'

I requisiti richiesti all'OdV

AUTONOMIA

- rispetto all'ente (estraneità rispetto ad ogni forma d'interferenza e pressione del management, non esercitare attività operative)
- decisionale (possibilità di accesso a tutte le informazioni aziendali utili allo svolgimento del controllo)

I requisiti richiesti all'OdV

INDIPENDENZA

- non trovarsi in condizioni di dipendenza personale nei confronti dei vertici aziendali
- mancanza di conflitti di interesse rispetto agli organi direttivi

I requisiti richiesti all'OdV

PROFESSIONALITA'

- tecnicamente idoneo e dotato delle necessarie conoscenze/competenze e della relativa esperienza in materia
- da considerare in funzione delle esigenze di prevenzione della singola società

I requisiti richiesti all'OdV

CONTINUITA' D'AZIONE

- si intende sia l'effettività delle attività di controllo, sia la frequenza temporale
- concretamente svolta con periodicità che dipende dalle caratteristiche della società

I requisiti richiesti all'OdV

Alcune riflessioni

Indipendenza e art. 2399 del Codice Civile

Professionalità e art. 2397 del Codice Civile

Professionalità (onorabilità) e art. 2382 del Codice Civile

Professionalità (onorabilità) e requisiti richiesti per i soggetti che rivestono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso i intermediari finanziari

Professionalità (onorabilità) e commissione reati previsti dal D. Lgs. 231/2001

La scelta dei componenti dell'OdV

La scelta dei componenti dell'OdV

- ❑ il tema assume importanza relativamente all'esenzione di responsabilità: prioritariamente deve esistere una valutazione di idoneità dell'OdV ad assolvere i compiti di legge in quanto
- ❑ le indicazioni del legislatore sono assai scarse (quasi nulle)
- ❑ la prassi delle indicazioni delle associazioni di categoria, la dottrina e la giurisprudenza hanno fornito una serie di soluzioni organizzative e prescrizioni

La scelta dei componenti dell'OdV

a) COLLEGIALE



Membri interni

- Collegio Sindacale
- Risk Manager
- Internal Audit
- Compliance
- Amministratori Indipendenti



Membri esterni

- Consulenti aziendali
- Avvocati, commercialisti e revisori legali
- Consulenti sicurezza e qualità

La scelta dei componenti dell'OdV

Alcune considerazioni.....

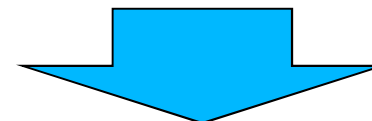
- opportunità/inopportunità della presenza di amministratori indipendenti nell'ambito dell'Organismo di Vigilanza
- i componenti esterni e la composizione dell'Organismo di Vigilanza
- l'inserimento di alcune funzioni di controllo di secondo (*compliance/risk manager*) e terzo livello (*internal audit*)

La scelta dei componenti dell'OdV

B) MONOCRATICA



Art. 6 comma 4 «per gli enti di più ridotte dimensioni **le funzioni dell'organismo di controllo possono essere svolte dallo stesso organo dirigente**»



ciò al fine di non gravare sull'ente un costo di organizzazione che in alcuni casi potrebbe non essere economicamente sostenibile

La composizione dell'OdV

Giurisprudenza in merito alla composizione dell'Organismo di Vigilanza – Sentenza Thyssen (Corte d'Appello di Torino)

- ❑ è ritenuto del **tutto incompatibile l'inserimento** nell'Organismo di Vigilanza di un soggetto che ricopre la funzione di «Responsabile dell'ente ecologia, ambiente e sicurezza» in quanto non dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo
- ❑ in pratica si ravvede la situazione nella quale il **controllore** (membro OdV) **verrebbe a coincidere con il controllato** (dirigente responsabile)
- ❑ nel caso di specie l'inidoneità nella composizione dell'organismo di vigilanza è stata ritenuta «**inidoneità dell'intero sistema organizzativo 231**»

La composizione dell'OdV - prassi

Ricerca	Anno	Campione	Monocratico	Collegiale
AIIA - Università Pisa	2004	Società quotate	32%	68%
AIIA	2006	Società quotate e non	29%	71%
Confindustria	2007	società non quotate	40%	60%
Assonime	2008	Società quotate e non	16%	84%
Analisi S&P MIB	2008	Società S&P MIB	12%	88%
PWC	2008	Società quotate	6%	94%
AODV	2008	Società quotate	8%	92%

Dati reperiti materiale sito AODV 231

La composizione dell'OdV - prassi

<u>Ricerca</u>	<u>Anno</u>	<u>Campione</u>	<u>Internal Audit</u>	<u>Amm. Indip.</u>	<u>Collegio Sindacale</u>	<u>Ufficio Legale</u>	<u>Ufficio Personale</u>	<u>Consulenti esterni</u>
AIIA - Università Pisa	2004	Società quotate	75%	39%	18%	19%	7%	12%
AIIA	2006	Società quotate e non	75%	64%	35%	25%	7%	36%
Confindustria	2007	Società non quotate	60%	26%	13%	31%	9%	22%
Assonime	2008	Società quotate e non	80%	49%		49%		26%
Analisi S&P MIB	2008	Società S&P MIB	58%		23%			32%
PWC	2008	Società quotate	59%	61%	23%	21%	6%	37%
Dati reperiti materiale sito AODV 231								

Gli obblighi informativi verso l'Organismo di Vigilanza

Gli obblighi informativi verso l'OdV

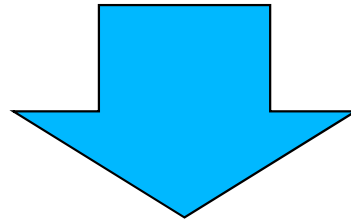
Inoltre, sempre l'art. 6 prevede che il modello deve prevedere

- comma 2 lettera c) «prevedere obblighi di informazioni nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli»

**FLUSSO INFORMATIVO → COMPONENTE ESSENZIALE
DI UN SISTEMA DI CONTROLLO INTERNO**

Gli obblighi informativi verso l'OdV

Cosa significa prevedere obblighi di informativa verso l'OdV?



L'OdV per svolgere i propri compiti deve essere informato di cosa avviene in azienda

Gli obblighi informativi verso l'OdV

In generale devono essere segnalati all'OdV

- i provvedimenti e/o notizie **provenienti da organi di polizia giudiziaria**;
- i provvedimenti e/o notizie aventi ad oggetto l'esistenza di **procedimenti amministrativi o civili di rilievo relativi a richieste o iniziative di Autorità Pubbliche**;
- ogni atto o **citazione a testimoniare** che veda coinvolti soggetti della Società o che collaborano con essa;
- le **richieste di assistenza legale** inoltrate dai dipendenti in caso di avvio di procedimenti penali o civili nei loro confronti (non solo in relazione ai reati di cui al d.lgs. 231/01);

Gli obblighi informativi verso l'OdV

- le informazioni relative alle eventuali visite **ispettive condotte da funzionari della Pubblica Amministrazione**;
- le notizie relative ai **procedimenti disciplinari** svolti e alle eventuali sanzioni irrogate ovvero ai provvedimenti di archiviazione di tali procedimenti con le relative motivazioni;
- le **comunicazioni inerenti modifiche organizzative e societarie**.

Gli obblighi informativi verso l'OdV

Tutti i destinatari del Modello hanno l'obbligo di segnalare tempestivamente all'OdV le seguenti informazioni:

- **la commissione**, il **tentativo di commissione** o il **ragionevole pericolo** di commissione dei reati previsti dal Decreto;
- **eventuali presunte violazioni** alle modalità comportamentali ed operative definite nel Codice Etico, nel Modello e/o nel corpo normativo aziendale, di cui siano direttamente o indirettamente venuti a conoscenza;
- in ogni caso, **qualsiasi atto, fatto, evento** od omissione rilevato od osservato nell'esercizio delle responsabilità e dei compiti assegnati, con **profilo di criticità rispetto alle norme del Decreto**;

Gli obblighi informativi verso l'OdV

Quali sono i canali informativi per garantire che i destinatari del modello possano liberamente riferirsi all'OdV?

- deve essere introdotta la possibilità di inviare una comunicazione scritta a mezzo lettera o mezzo mail
- deve essere creata una casella di posta elettronica dedicata all'OdV con possibilità di accesso riservato ai membri
- nel modello deve essere specificato che la segnalazione, quando si riferisce a segnalazioni di violazione del modello o commissione di reati, può essere effettuata in via anonima
- i modelli che prevedono l'obbligo di identificazione di colui che effettua la segnalazione difficilmente garantiscono la diffusione di notizie (timori di ritorsioni)

Gli obblighi informativi verso l'OdV

Da «Il Sole 24 Ore» del 2.2.2013

La soffiata che non c'è stata

Imitare i whistleblower americani? Bankitalia sta per muoversi

■ La domanda è: se vi fosse stato un *whistleblower*, lo scandalo Mps poteva essere scoperto prima e con meno costi? In America con questa parola identificano chi dall'interno di un'azienda fa una soffiata che consente di scoprire magagne non solo finanziarie. Negli States li pagano e vi è un ufficio ad hoc all'interno della Sec, la Consob americana, che gestisce le informazioni dagli Usa e dall'estero.

In Italia è previsto qualcosa di si-

mile nell'ambito dal decreto legislativo 231 del 2001 che disciplina la responsabilità della persona giuridica. Il dipendente o fornitore che vuole far emergere per esempio un episodio di corruzione, ha a disposizione una casella di posta elettronica: di solito è odv@nome dell'azienda. Dove odv sta per organismo di vigilanza, struttura istituita appunto dal decreto 231.

Niente premi per i *whistleblower* italiani. E la riservatezza dei dati? All'estero vengono utilizzate società ad hoc che mettono a disposizione le cosiddette *whistleblowing hotline* tali da garantire la blindatura di dati e persone che contattano l'organo di vigilanza. In Italia tale sistema è utilizzato solo dalle multinazionali. Il vero pro-

blema è dunque la tutela della riservatezza e quindi le potenziali ritorsioni.

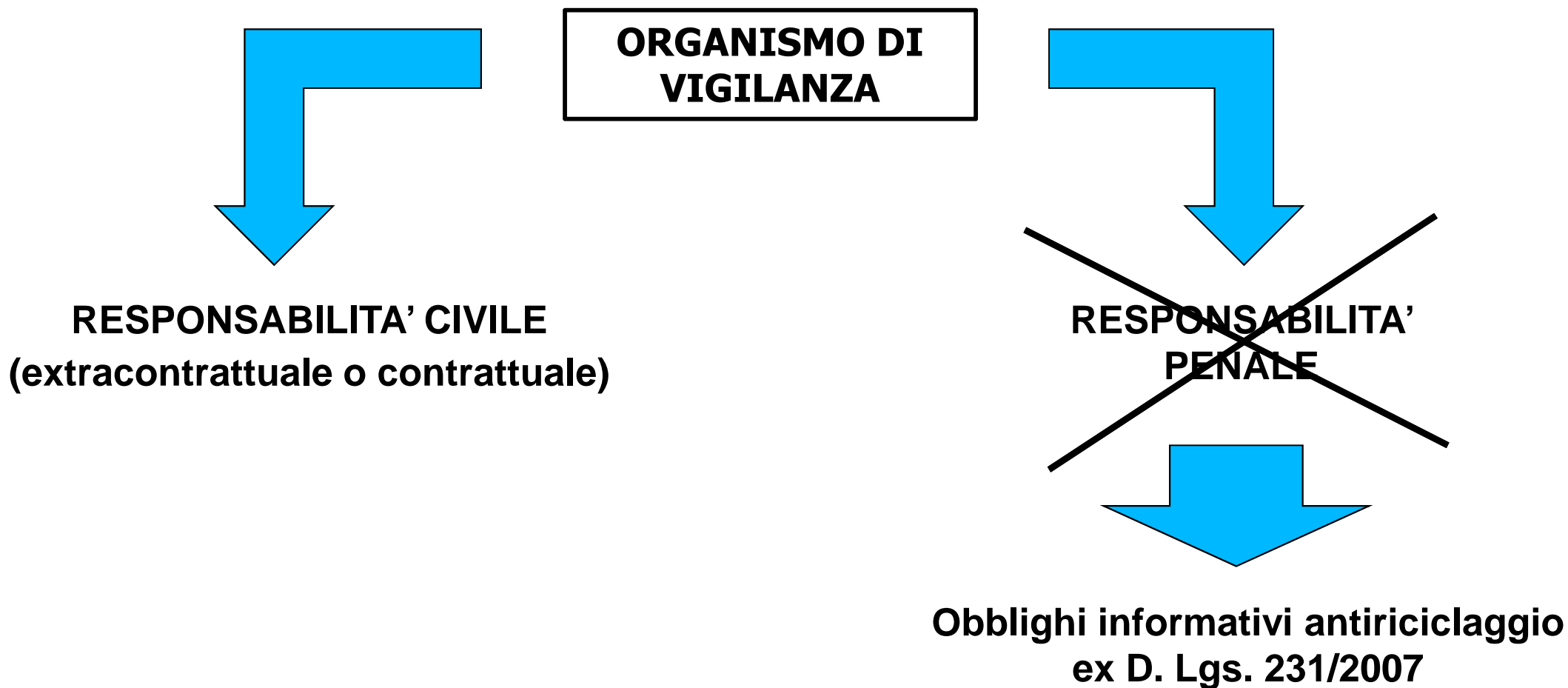
Nodi che sono affrontati dal nuovo documento di Bankitalia sul tema dei controlli interni delle banche, un provvedimento in consultazione fino al 3 novembre scorso. Si è ora in attesa del regolamento attuativo. Nelle 70 pagine viene tra l'altro chiesto il rafforzamento dell'allerta interno: «È di fondamentale importanza – si legge – la definizione di opportuni presidi per garantire la riservatezza del soggetto che effettua le segnalazioni, basati sull'attivazione di un canale separato e diverso dalle tradizionali linee di *reporting*». Meglio tardi che mai. — V.D'A.

© RIPRODUZIONE RISERVATA



La responsabilità dell'OdV

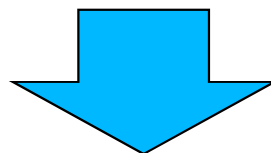
La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza



La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

RESPONSABILITA' EXTRA CONTRATTUALE

- ❑ la normativa **non attribuisce** all'OdV una posizione di garanzia di diritti di terzi (soci, creditori e *stakeholder* in genere)
- ❑ inoltre, non conferisce **poteri di intervento ai fini della prevenzione di comportamenti irregolari o illeciti amministrativi** da parte di amministratori



**QUESTO ESCLUDE UNA RESPONSABILITA' EXTRACONTRATTUALE
DELL'ODV NEI CONFRONTI DEI TERZI**

La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

RESPONSABILITA' CONTRATTUALE

- ❑ la responsabilità dell'OdV deve essere riportata ai canoni della responsabilità professionale ex art. 2236 e dunque limitata ai soli casi di dolo e colpa grave

- ❑ l'inadempimento dell'OdV determinerebbe per la società conseguenze esclusivamente contrattuali quali **lo scioglimento dell'organo** e la **revoca dell'organo**

La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

- ❑ comminazione di sanzioni pecuniarie e/o interdittive **non costituiscono elemento da solo sufficiente ad attribuire responsabilità all'OdV**
- ❑ la valutazione di **inadeguatezza** o **inefficacia del modello** effettuato in sede penale (sulla base della quale sono state applicate sanzioni) **non può costituire di per sé elemento sufficiente** per attribuire all'OdV UNA responsabilità

La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

L'Odv potrà essere ritenuto responsabile se la Società prova:

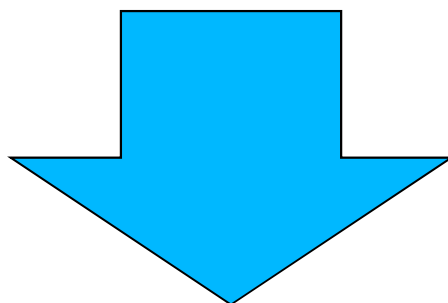
- l'inadempimento in riferimento agli obblighi di legge del D. Lgs. 231/2001 (art. 6 e 7) e contrattuale
- la sussistenza del nesso di causalità tra inadempimento e danno

L'OdV dovrà invece provare:

- di essere esente da dolo e colpa grave se il suo rapporto contrattuale sarà regolato seguendo le disposizioni relative alle professioni intellettuali

La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

Nell'ambito delle responsabilità contrattuale esiste una responsabilità risarcitoria?

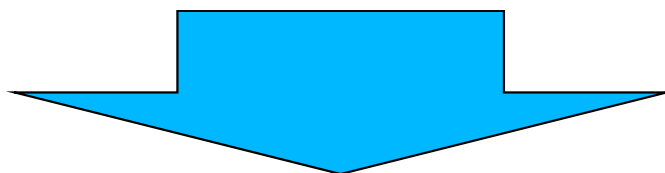


il danno risarcibile è quello prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione

La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

RESPONSABILITA' PENALE

- ❑ manca un presupposto giuridico fondamentale: l'OdV **non possiede alcun obbligo giuridico di impedire l'evento**
- ❑ L'OdV inoltre **non esercita alcun potere di gestione attiva** in quanto non è in grado di intervenire sull'organizzazione interna delle società



RESPONSABILITA' PENALE ESCLUSA

La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

Attenzione al disposto dell'art. 52 del D. Lgs 231/2007 (normativa antiriciclaggio).

Obblighi di comunicazione in capo ai soggetti destinatari della normativa antiriciclaggio (tra cui compare l'Organismo di Vigilanza). Comunicazioni da effettuarsi a:

- Autorità di Vigilanza di settore (violazioni disposizioni di settore)
- titolare dell'attività, legale rappresentante o a un soggetto delegato (infrazioni di operazioni sospette)
- Ministro Economia e Finanze (mancato rispetto uso del contante)
- all'Unità di Informazione Finanziaria UIF (registrazione archivio unico informatico)

Art. 55 D. Lgs 231/2007 prevede che il mancato rispetto degli obblighi di comunicazione **sono espressamente sanzionati con la reclusione da un anno e con la multa da € 100 a € 1.000**

L'OdV nei gruppi d'impresa

L'OdV e i gruppi d'impresa

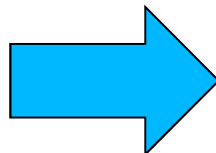
E' possibile (e a quali condizioni) che la responsabilità che colpisce un ente in ragione di un illecito amministrativo si estenda ad altre società del Gruppo?

- nell'abito di un gruppo d'impresa è possibile parlare di interesse e vantaggio del gruppo (e non dell'ente) ?

- deve esistere un collegamento funzionale tra soggetto che compie il reato, l'ente di appartenenza e l'interesse e il vantaggio?

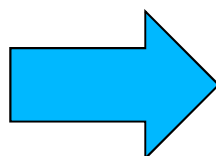
L'OdV e i gruppi d'impresa

Interesse a Vantaggio dell'ente



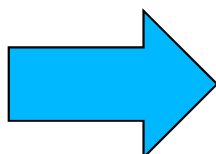
Sono i criteri presupposti per l'attribuzione delle responsabilità amministrativa

Criterio di imputazione dell'atto all'ente
(Tribunale di Milano)



E' necessaria l'appartenenza qualificata all'ente della persona fisica che ha commesso il reato

Si esclude che dal mero collegamento societario derivi responsabilità amministrativa
(Corte d'Appello di Roma)



In capo agli amministratori di una società del Gruppo si esclude l'obbligo di impedire la commissione di reati nell'ambito di un'altra società del medesimo Gruppo

L'OdV e i gruppi d'impresa

Sentenza Cassazione 20 giugno n. 24583 della V Sezione penale affronta, tra gli altri, la tematica della cosiddetta "**responsabilità di gruppo**", ovvero la possibilità che anche la holding possa essere chiamata a rispondere, ai sensi del Decreto 231, a fronte di un reato commesso da una società controllata di cui la stessa capogruppo possa essersi avvantaggiata.

In particolare, la Corte premette che per potersi "**affermare la responsabilità di un Ente ai sensi della legge 231 del 2001 sono necessarie alcune condizioni, che debbono ricorrere congiuntamente**"

a) reato presupposto sia stato commesso da una **persona fisica che abbia con l'Ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale**

a) la holding o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della legge 231 ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse **concorra con il soggetto che commette il reato** (non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società ai sensi della legge 231/2001).

L'OdV e i gruppi d'impresa

- ❑ è pacifico che **ogni società deve adottare il proprio Modello** e, di conseguenza, **nominare il proprio Organismo di Vigilanza**

- ❑ l'OdV **deve essere «dell'ente»** inteso nel senso che deve essere **nominato dall'organo direttivo di quello stesso ente** e vigila sul funzionamento **del suo modello organizzativo** e si **interfaccia con gli organi gestionali e di controllo** che gli sono preposti

- ❑ È possibile comunque:
 - utilizzare soggetti appartenenti ad altre entità del Gruppo
 - che un soggetto facente parte di un OdV di una società del Gruppo partecipi all'OdV di un'altra società del Gruppo

L'OdV e i gruppi d'impresa

Nei Gruppi d'impresa:

- ❑ **il coordinamento** tra gli Organismi di Vigilanza delle diverse società è un'opportunità ed una necessità
- ❑ **lo scambio di informazioni** riguardo attività svolte, rilievi e punti di miglioramento evidenziati, favoriscono l'individuazione di eventuali «falle» nel sistema dei controlli e la condivisione degli eventuali correttivi da apportare
- ❑ **la gestione coordinata della formazione** (erogazione e programma) può essere un elemento con ricadute ed effetti positivi per i singoli enti

Ringrazio e per l'attenzione

Marco Rescigno
Dottore Commercialista e Revisore Legale in Bergamo