

La responsabilità amministrativa degli Enti e le attività dell'Organismo di Vigilanza

edito su "Bilancio, vigilanza e controlli" aprile 2008

Del dott. Andrea Piatti e dell'avv. Nicola Perrotti

Con il decreto legislativo 231/2001 è stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti.

Secondo tale disciplina l'ente può essere soggetto a una serie di sanzioni amministrative-pecuniarie e/o interdittive qualora venga ritenuto responsabile del compimento di taluni reati, commessi o tentati, nel proprio interesse o a suo esclusivo o prevalente vantaggio, da soggetti in posizione apicale nella società o anche da semplici dipendenti.

Al fine di evitare quanto sopra l'ente, oltre a dotarsi di un efficace Modello organizzativo, dovrà nominare un Organismo di Vigilanza (OdV) atto a vigilare e sovrintendere al Modello stesso e al suo pieno rispetto.¹

Di seguito si procederà ad una breve analisi di tale organo approfondendo: la composizione, i rapporti con gli altri organi sociali e gli strumenti a disposizione dello stesso per lo svolgimento dei suoi compiti.

Composizione

Solitamente con apposita delibera dell'organo amministrativo (CDA, consiglio direttivo, amministratore unico), la società approva l'adozione del Modello organizzativo 231 e istituisce l'Organismo di Vigilanza (OdV) al quale viene affidato il compito di vigilanza e controllo della piena efficienza del Modello medesimo.

L'organo dirigente al momento della formale adozione del Modello dovrà quindi disciplinare gli aspetti principali relativi al funzionamento dell'organismo quali la modalità di nomina, la revoca, la durata in carica, i necessari requisiti soggettivi dei suoi componenti, il compenso da attribuire ai componenti ed il budget/dotazione finanziaria ad esso riconosciuto.

Elementi fondamentali dell'OdV devono essere:

- l'autonomia e l'indipendenza dei suoi componenti affinché lo stesso non sia coinvolto nelle attività gestionali che costituiscono l'oggetto della sua attività di controllo (lo stesso pertanto deve essere inserito nell'organigramma dell'ente in una posizione elevata);
- la professionalità dei suoi membri che devono possedere le necessarie ed adeguate competenze tecniche e professionali per le funzioni da svolgere.
- la continuità d'azione dell'OdV il quale deve essere in grado di operare a tempo pieno ed esclusivamente alla vigilanza del Modello adottato, in modo da assicurare la continuità, l'efficienza e la rapidità d'azione.

Naturalmente, la scelta dei componenti dell'OdV è tema di estrema importanza in quanto, all'esigenza di garantire la piena rispondenza del citato organo ai criteri sopraesposti, si affianca la necessità dell'impresa di tutelarsi da intrusioni esterne. In tal senso, sebbene la legge taccia sul punto, si sono andate consolidando nell'esperienza quotidiana alcune soluzioni che appaiono convincenti.

In particolare, la scelta più diffusa (suggerita anche dalle linee guida della stessa Confindustria) è quella di costituire l'organo con una pluralità di componenti (comunemente tre) che apportino competenze diverse e possano soddisfare nel complesso tutti i criteri soprarichiamati.

La soluzione unipersonale, infatti, meglio si adatta a realtà imprenditoriali minori ovvero per

¹ Per un'analisi più approfondita del D.Lgs 231/2001 si veda Circolare Tributaria 7 del 18.02.2008 pagina 41

società controllate in un contesto coordinato di gruppo ove già operi un organismo centralizzato presso la *holding*, mentre potrebbe apparire strutturalmente insufficiente quando si tratti di società più importanti sia per fatturato, sia per attività imprenditoriali che per dimensioni aziendali.

Nel caso di società che richiedano organi di controllo pluripersonali, dunque, la scelta dei componenti va effettuata ricercando un equilibrio tra membri che già operino all'interno di altre funzioni aziendali (area legale, segreteria societaria, risorse umane, contabilità ed amministrazione) e soggetti terzi che apportino all'OdV la propria esperienza professionale. Valorizzare esclusivamente i membri interni, infatti, risponderebbe all'esigenza della continuità nell'azione di controllo mentre sarebbero carenti i requisiti dell'indipendenza e dell'autonomia,

Al contrario, conferire l'incarico a soggetti esclusivamente terzi si scontrerebbe con il limite della totale assenza di inerenza con la società sottoposta a controllo.

La soluzione più caldeggiata è quella di comporre l'organo con due componenti più "interni", uno proveniente dalla funzione di *Internal Auditing* (ove esistente) o da quella della contabilità o amministrazione, un secondo proveniente dai preesistenti organi di controllo (collegio sindacale o collegio dei revisori) – il quale sarebbe anche garante del fondamentale raccordo tra le attività ispettive dell'OdV e quelle di controllo e verifica degli altri organi - ed un terzo membro più "indipendente", professionalmente idoneo, selezionato nel campo legale, contabile o fiscale.

I componenti dell'organo di vigilanza

Risulta difficile il tentativo di accostare la figura di componente dell'OdV a quelle già conosciute e note quali: amministratore, sindaco, revisore.

Probabilmente ciò non è possibile, pare invece decisamente più agevole ragionare in termini di competenze, poteri e responsabilità.

In tal senso emergono alcune assonanze con i requisiti richiesti per i componenti del Collegio Sindacale, infatti l'art. 2407 del Codice Civile recita che i "sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico" e quindi possibile affermare che il tipo di responsabilità dei componenti dell' OdV sia simile a quella dei componenti del Collegio Sindacale.

Pertanto anche la quantificazione del compenso annuo spettante, di competenza dell'organo amministrativo, sarà calcolata utilizzando i criteri già noti per la definizione della parcella del Collegio Sindacale.

In merito alla responsabilità è possibile escludere una responsabilità penale per omessa o insufficiente vigilanza anche perché non è assegnato all'OdV alcun potere/obbligo di impedire l'evento, ovvero il reato, non rientrando quindi nella fattispecie prevista dall'art. 40 comma 2 del Codice Penale che testualmente recita "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Al contrario potrebbe sussistere una responsabilità civile per condotta omissiva, tale è il caso dell' OdV che non abbia vigilato in modo diligente sul funzionamento, sull'osservanza e sulla gestione del Modello organizzativo 231 adottato, la stessa potrebbe pertanto essere "mitigata" per il tramite di apposita polizza assicurativa di responsabilità civile professionale.

Allo stato attuale, pare che le compagnie di assicurazioni più note conoscano poco la normativa D.Lgs 231/2001 e pertanto non siano in grado di offrire un prodotto adeguato alle esigenze di chi ricopre la carica di componente dell'OdV.

Rapporti con altro organi sociali

L'OdV ha il compito di fornire chiarimenti e comunicare con tutti gli organi sociali *in primis* con il vertice dell'organo amministrativo che lo ha nominato, inoltre con l'assemblea dei soci per il tramite di un'apposita relazione annuale sullo stato di attuazione del Modello, sulle verifiche svolte, sulle sanzioni comminate dietro segnalazione e sulle modifiche ritenute necessarie per prevenire situazioni di rischio.

Il rapporto più delicato è indubbiamente il confronto tra le esigenze gestionali del *management* di un'impresa e gli obiettivi di verifica della legittimità secondo il D.lgs 231/2001 da parte dell'OdV. Sul punto va operata una scelta chiara sin dal momento della redazione del Modello: si deve infatti decidere se si intenda o meno consentire all'OdV di esercitare un potere gestorio autonomo proiettato anche all'esterno.

Nell'eventualità di una soluzione in tal senso, all'OdV deve essere consentito di poter intervenire direttamente sui responsabili delle singole funzioni aziendali che si trovino in stato di violazione del Modello penal-preventivo con misure non solo disciplinari ma anche con proprie capacità organizzative nell'ottica di un'implementazione del Modello o di una sua rivisitazione.

Appare chiaro che attribuire tale potere direttamente nelle mani dell'OdV comporta una radicale riforma del sistema di potere interno con una riduzione dell'autonomia gestionale degli amministratori.

Questa soluzione, tuttavia, è la meno convincente in quanto, attribuendo poteri gestori – per quanto limitati al campo della legge 231/2001 – all'OdV lo si carica di responsabilità operative che non sono sue, indebolendo, nel contempo, il suo ruolo di “terzo garante”.

Anche su questo punto, va ricercato un delicato equilibrio tra l'autonomia dell'organo amministrativo e le funzioni dell'OdV, attribuendo al primo il potere di intervenire per implementare, aggiornare o modificare il Modello e relegando al secondo il compito di vigilanza e segnalazione delle problematiche rilevate per il tramite della propria attività ispettiva.

Naturalmente, perché le segnalazioni dell'OdV non restino lettera morta a fronte di un *management* poco sensibile al tema della prevenzione dei reati presupposto, va introdotto il requisito della preventiva autorizzazione da parte dell'Organo di Vigilanza di ogni decisione degli amministratori che abbia una qualche ricaduta sul Modello e delineata con cura l'attività di collaborazione tra l'OdV e gli altri organi sociali di controllo interno.

L'OdV di norma assicura e mantiene un flusso informativo anche con il Collegio Sindacale programmando con lo stesso, con cadenza almeno semestrale, un incontro a scopo di aggiornamento e scambio di informazioni di utilità reciproca.

E' pertanto possibile definire il Collegio Sindacale il “*fratello maggiore*” dell' OdV che interviene ogni qualvolta l'organo di amministrazione risulti inerte o in ritardo.

E' chiaro che l'organo di amministrativo che ha istituito e nominato l'OdV è il soggetto che ne ha sempre la responsabilità ultima ma, appunto per evitare che tale situazione possa in qualche modo limitarne l'operatività, in soccorso dello stesso deve essere sempre disponibile il Collegio Sindacale.

Strumenti

I principali strumenti a disposizione dell'OdV, necessari per lo svolgimento delle proprie funzioni, sono il budget e le sanzioni disciplinari.

L'aspetto della dotazione finanziaria merita un'analisi approfondita, infatti la possibilità di dotare un organo di controllo di risorse economiche, se da un lato rappresenta una novità nell'ambito dei controlli (Collegio Sindacale e Revisore), dall'altro permette di rafforzare sempre di più l'autonomia dell'organismo al fine di garantire e rendere concreto quel potere di iniziativa e controllo che la normativa gli riconosce.

Tale dotazione finanziaria dovrà essere commisurata alle esigenze e alle attività che l'OdV intende svolgere, che dovrà essere sottoposta all'approvazione dell'organo di controllo previa presentazione preventiva del budget di spesa evidenziandone i vari capitoli.

Resta da capire se l'organo di amministrazione ha titolo di entrare nel merito di tale budget, oppure ha il “dovere di approvazione “ dello stesso.

Tale seconda ipotesi pare la più condivisibile, sempre al fine di garantire la massima autonomia all'organismo, in tal senso si è espressa anche Confindustria nella stesura delle sue linee guida per la costruzione dei Modelli 231.

Forse però una dotazione finanziaria di importo considerevole potrebbe essere intesa come

capacità organizzativa e di svolgimento di programmi, magari di formazione del personale, con il rischio di avvicinare quindi l'Organismo di Vigilanza più ad un organo di amministrazione che ad uno controllo e dunque snaturandone l'"anima".

Il secondo strumento messo a disposizione dell'OdV per dare vigenza coattiva alle disposizioni contenute nel Modello è un proprio sistema disciplinare che sia idoneo a sanzionarne la mancata osservanza.

Va infatti tracciato un autonomo sistema sanzionatorio che, prevedendo la circostanza di una disapplicazione, di un'inosservanza o di un'insufficiente applicazione del Codice Etico o delle procedure previste nel Modello quali linee-guida volte a prevenire la commissione dei reati presupposto, prescriva misure disciplinari progressive in grado di garantire per il futuro che tale violazione non si verifichi più.

Anche in questo caso, tuttavia, sarebbe auspicabile che l'iter formale dell'addebito e la comminazione effettiva della sanzione, nel pieno rispetto di quanto previsto dallo Statuto dei Lavoratori, della legge e del contratto collettivo applicabile, sia effettuata dall'organo interno alla società preposto a tale funzione dietro segnalazione dell'OdV.

Ovviamente, una volta predisposto, il sistema disciplinare va reso noto assieme al Modello a tutti i dipendenti ed i collaboratori esterni dell'impresa che adottò il Modello 231 attraverso i normali canali della comunicazione interna aziendale perché il complesso delle sanzioni, una volta conosciuto e fatto proprio, possa svolgere anche un'efficace funzione preventiva dei comportamenti devianti e potenzialmente pericolosi che potrebbero essere messi in atto in futuro.