



Il monitoraggio dei Modelli organizzativi: ruolo dell'Organismo di vigilanza

Verona, 16 ottobre 2018

A cura di **Tommaso Grassi**
Componente della commissione di studio
Modelli Organizzativi ex D.Lgs 231/01 ODCEC Verona



INDICE

1. Compiti e funzioni dell'Organismo di vigilanza
2. I poteri dell'Organismo di vigilanza
3. Flussi informativi da e per l'Organismo di vigilanza
(eventualmente anche quelli provenienti da Whistleblower)
4. Interazione tra Organismo di vigilanza ed altre funzioni ed organi sociali
5. L'OdV e le partecipate pubbliche
6. I profili di responsabilità penale e civile dell'Organismo di vigilanza



Compiti e Funzioni dell'Organismo di vigilanza

La disciplina del d.lgs. 231/2001 dà poche indicazioni:

- Art. 6 comma 1 lett. b) prevede che l'esimente si può ottenere dando prova che l'organo dirigente della Società abbia affidato «il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo»
- Art. 6 comma 1 lett. d) prevede che occorra dare prova che «non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)»
- Art. 6 comma 2 lett. d) prescrive che occorre «prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli»



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: compiti e funzioni dell'Organismo di vigilanza

Per definire in dettaglio quali sono i **compiti** dell'OdV occorre riferirsi alle **Linee Guida** e alle indicazioni contenute nel dettaglio dal **Modello** dell'Ente.

L'organismo va evidenziato svolge la propria attività sulla base dei **principi di autonomia** e si dota di un **apposito regolamento** che disciplina tra l'altro le attività di vigilanza e controllo e i rapporti con le diverse funzioni aziendali e quella con gli altri organi di controllo ove presenti nonché la documentazione dell'attività svolta.



Segue: compiti e funzioni dell'Organismo di Vigilanza

Nel corso del mandato l'Organismo di vigilanza svolgerà la propria attività nell'ambito della quale si possono distinguere:

- **fase di *start-up***: qualora il modello non sia stato adottato con la collaborazione dell'OdV, è opportuno che questo ripercorra gli *steps* che hanno comportato la definizione delle aree sensibili e, quindi, i relativi reati-presupposto, **al fine di verificarne la corretta individuazione e, quindi, l'adeguatezza del Modello (però non tutti sono d'accordo)**



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: compiti e funzioni dell'Organismo di vigilanza

- fase di **vigilanza «ordinaria»**:
 1. Di **verifica e vigilanza** sul Modello
 2. Di **aggiornamento** del Modello
 3. Di **informazione e formazione** sul Modello
 4. Di gestione dei **flussi informativi da e verso l'OdV**
 5. Di **ispezione e prevenzione dei reati-presupposto**
 6. Di verifica di **eventuali comunicazioni da Whistleblower**



I poteri dell'Organismo di vigilanza

L'OdV come prevede la norma deve presentare autonomi poteri di iniziativa e controllo e pertanto 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.

Coerentemente con il sistema di *governance* delle società di capitali successivo alla riforma del 2003 secondo la quale il potere di gestione spetta al Consiglio di Amministrazione, **l'OdV non ha né poteri impeditivi, né disciplinari né direttamente modificativi** del Modello, ma solo **propositivi, consultivi, istruttori e di impulso**. (Non opportuna una delega per incertezza nella funzione di garanzia)



Segue: i poteri dell'Organismo di vigilanza

L'OdV, anche per il tramite delle risorse di cui dispone, ha quindi facoltà, a titolo esemplificativo:

- di effettuare, anche a sorpresa, tutte le verifiche e le ispezioni ritenute opportune ai fini del corretto espletamento dei propri compiti;
- di libero accesso presso tutte le funzioni, gli archivi ed i documenti della Società senza alcun consenso preventivo o necessità di autorizzazione, al fine di ottenere ogni informazione, dato o documento ritenuto necessario;
- di disporre l'audizione delle persone che possano fornire indicazioni o informazioni utili in merito allo svolgimento dell'attività aziendale o ad eventuali disfunzioni o violazioni del Modello;
- di avvalersi, sotto la sua diretta sorveglianza e responsabilità, dell'ausilio di tutte le strutture della Società ovvero di consulenti esterni;
- di disporre, per ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei suoi compiti, delle risorse finanziarie stanziare dal CdA



Flussi informativi da e per l'Organismo di vigilanza

E' possibile schematizzare i flussi informativi in:

1. Flussi informativi **indirizzati all'OdV** a sua volta distinguibili in:
 - I. Flussi periodici
 - II. Flussi relativi al verificarsi di particolari eventi
 - III. Eventuali informative pervenute da Whistleblower

2. Flussi **provenienti dall'OdV** ed indirizzati agli altri interlocutori del controllo interno e agli organi sociali

In generale per facilitare i flussi e le segnalazioni da e per l'organismo di vigilanza è quindi opportuno **istituire apposita casella di posta ordinaria ovvero utilizzare direttamente quella del preposto ed elettronica**; per quest'ultima **almeno una alternativa** da utilizzare direttamente ed idonea a garantire la riservatezza dell'identità del segnalante qualora non fosse utilizzabile quella cartacea ma **comunque almeno una senza transito dal sistema informatico aziendale.**



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: flussi informativi da e per l'Organismo di vigilanza

E' opportuno che i "flussi informativi" verso l'OdV siano oggetto di un'apposita procedura con la quale la società regola le modalità di circolazione delle informazioni e la loro gestione da parte di specifici soggetti.

L'OdV, quindi, deve essere tempestivamente informato da tutti i destinatari del Modello (amministratori, sindaci, nonché dipendenti, inclusi i dirigenti ed ancora da tutti coloro che, pur esterni alla Società, operino, direttamente o indirettamente per la società vigilata come ad esempio procuratori, agenti, collaboratori a qualsiasi titolo, consulenti, fornitori, partner commerciali), di qualsiasi notizia relativa all'esistenza di possibili violazioni dei principi contenuti nel Modello e nel Codice Etico.



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: flussi informativi da e per l'Organismo di vigilanza

Inoltre, come raccomandato dalle linee guida e ampiamente diffuso nella prassi, l'OdV dovrà essere informato dell'avvio di procedimenti giudiziari (e amministrativi: si pensi alle ispezioni delle Autorità di Vigilanza) a carico dell'ente con particolare accuratezza laddove essi coinvolgano aree sensibili ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 o il funzionamento del sistema di controllo interno.

L'OdV dovrà inoltre essere avvisato anche dei procedimenti giudiziari a carico di esponenti dell'ente se relativi ai reati presupposto nonché di tutti quei provvedimenti e/o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria o altra pubblica autorità dai quali si evinca lo svolgimento di indagini per illeciti cui è applicabile il d.lgs. n. 231/2001



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: flussi informativi da e per l'Organismo di vigilanza

L'assenza di un flusso informativo verso l'OdV potrebbe rappresentare un elemento di colpa di organizzazione nell'ente e nel contempo dovrebbe essere considerata nel Modello un **illecito disciplinare e quindi opportunamente sanzionata.**

Inoltre come accennato possono essere oggetto di flusso informativo verso l'OdV anche le segnalazioni che vengono ricevute nella cassetta di posta all'uopo predisposta ovvero tramite caselle di posta elettronica alternative le comunicazioni provenienti da *Whistleblower* (v. nel seguito).



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: flussi informativi da e per l'Organismo di vigilanza

In ordine alle **comunicazioni provenienti dall'OdV** esso dovrà riferire **immediatamente** agli organi di gestione e di controllo l'accadimento di fatti od eventi che possano comportare un concreto ed imminente pericolo di **commissione di un reato o di una violazione del Modello**, in modo che possa esservi posto rimedio o si prevenga l'illecito.

Inoltre la migliore prassi e le principali linee guida prevedono che l'OdV riferisca **periodicamente**, attraverso **relazioni** trimestrali o **semestrali** o annuali, **la propria attività e le eventuali criticità riscontrate** all'organo amministrativo e a quello di controllo. In tale relazione è presente anche un resoconto sulla gestione del proprio budget.



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: flussi informativi da e per l'Organismo di vigilanza

Whistleblowing

La Legge 179/2017 ha introdotto come noto una tutela obbligatoria per l'esimente per le segnalazioni provenienti da dipendenti che abbiano ravvisato una possibile deviazione dai corretti principi enunciati nel CE e nel MOG.

L'Ente ben potrebbe conferire all'OdV – forse il miglior destinatario -anche il compito di **vagliare le eventuali suddette segnalazioni per scremare quelle manifestatamente infondate da quelle meritevoli di essere indagate dall'organo apicale** per l'attuazione dei susseguenti provvedimenti a carico del reo ma con le dovute tutele del segnalante. <<nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata>> (anonima → non utilizzabile in sede penale)

Dovranno essere **adottate e garantite particolari cautele sia dal Modello o dalla apposita procedura per mantenere la più assoluta riservatezza e segretezza del segnalante** come anche recentemente introdotto legislativamente a tutela di un soggetto che svolge un ruolo di interesse pubblico .



Segue: flussi informativi da e per l'Organismo di vigilanza

Segue Whistleblowing

Il destinatario dell'informativa (Ente e per esso l'incaricato) dovrà quindi adottare misure idonee a tutelare l'identità del segnalante e a mantenere la riservatezza dell'informazione in ogni contesto successivo alla segnalazione, **nei limiti in cui l'anonimato (successivo) e la riservatezza siano opponibili per legge.**

Uno schema semplificato ma assolutamente efficace potrebbe prevedere una separazione informatica nei flussi informativi tra segnalante ed Ente per il tramite del preposto (i.e. OdV) per cui ciò renderebbe possibile attuare efficacemente i provvedimenti di rimedio senza con ciò esporre il Whistleblower **(anche dirigente ?)** almeno fino a prova necessaria.

Il sistema di protezione delle segnalazioni di violazione delle disposizioni di legge, del codice etico e del modello è uno **strumento fondamentale per l'applicazione del sistema di prevenzione dei rischi di reato pena la sua inefficacia complessiva.**

L'OdV è tenuto ad agire in modo da garantire i segnalanti contro qualsiasi forma di ritorsione, discriminazione o penalizzazione, assicurando altresì la riservatezza dell'identità del segnalante, fatti salvi gli obblighi di legge e la tutela dei diritti dell'ente o delle persone accusate erroneamente e/o in mala fede.



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Interazione tra Organismo di vigilanza ed altre funzioni ed organi sociali

Una questione rilevante che emerge dai compiti e dai poteri connessi con la figura dell'Organismo di vigilanza è il rapporto che questa figura ha con gli organi di controllo e le altre funzioni che con le relative funzioni che coesistono nella società.

- La **Borsa Italiana** ha preveduto, in un'ottica di efficienza di controlli interni, che l'emittente provveda ad un **"coordinamento"** tra i soggetti deputati al controllo al fine "di massimizzare l'efficienza del controllo interno e di gestione del rischio e di ridurre le duplicazioni di attività".
- Inoltre il **Codice** prevede che **all'apice del sistema di vigilanza** siano poste le attività del **Collegio Sindacale**, posizione **condivisa anche dalla Banca d'Italia** e come è previsto dalla normativa secondaria che prevede un collegamento funzionale tra questo Organo e le diverse Autorità di Vigilanza (Consob, Banca d'Italia, Ivass) imponendo obblighi d'informativa in caso di irregolarità.



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: interazione tra Organismo di Vigilanza ed altre funzioni ed organi sociali

Salvo quando Organismo di vigilanza e Collegio Sindacale coincidono va evidenziato che poiché il collegio valuta l'adeguatezza del sistema dei controlli interni, esso eserciterà una vigilanza anche sulle modalità di funzionamento e i requisiti dei componenti dell'OdV, laddove il **controllo** di quest'ultimo organismo sui **sindaci** si limiterà al **rispetto** da parte di questi ultimi del **dettato del Modello 231**.

Al riguardo le “Norme di comportamento del Collegio Sindacale” al § 5.5 trattano espressamente dei rapporti tra i due organismi:

il Collegio Sindacale deve prima di tutto acquisire le informazioni al fine di verificare gli aspetti inerenti all'autonomia, all'indipendenza e alla professionalità necessarie per svolgere efficacemente l'attività ad esso assegnata. Successivamente deve acquisire, sempre dall'OdV, le informazioni relative al modello organizzativo adottato dalla società ed al suo funzionamento, per valutare l'operatività dell'Organismo di vigilanza e la congruità delle valutazioni e l'adeguatezza delle indicazioni da quest'ultimo adottate



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: interazione tra Organismo di vigilanza ed altre funzioni ed organi sociali

Quando il **controllo contabile** non è esercitato dal Collegio sindacale, si dovrà intensificare lo **scambio di informazioni** con i soggetti incaricati della **revisione legale**, già previsto dall'art. 2409-septies c.c., anche nella prospettiva di applicazione del modello organizzativo.

Con i Revisori si dovrà instaurare un rapporto *inter pares* cioè tra controllori indipendenti benché come puntualizzato da Assirevi ai revisori potrà essere assegnato anche un compito di **consulenza all'OdV in materia di bilancio**.



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: interazione tra Organismo di vigilanza ed altre funzioni ed organi sociali

Per le altre funzioni aziendali occorrerà distinguere tra quelle **normativamente previste** come il dirigente preposto al bilancio, il DPO e/o Titolare del trattamento e il responsabile antiriciclaggio o anticorruzione da le altre **facoltativamente adottate** quali *l'internal audit, compliance e risk management*.

Le funzioni di **mero controllo (le prime)** sono prive di compiti operativi ma comunque dotati di autonomia e indipendenza anche garantita dalla norma cosicché maturerà una stretta collaborazione e di direzione (fino anche alla immedesimazione organica), mentre le seconde sono **parzialmente operative svilupperà un *modus operandi* di vigilanza e controllandone l'operato.**



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

L'Odv nelle partecipate pubbliche

rapporto tra “Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione”, e “Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e Trasparenza” (PTPCT)

Il Modello 231 è stato da sempre oggetto di valutazioni e considerazioni da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) come già indicato.

In particolare le posizioni assunte dall'Autorità hanno posto l'interrogativo se l'adozione del Modello 231 per le controllate e partecipate pubbliche fosse un **“obbligo”** e non un **“onere”** come prevede il legislatore del D.Lgs. 231/01.

Nella determinazione n. 8 del 17 giugno del 2015, l'ANAC, al Punto 2., ha previsto: “Le presenti Linee guida muovono dal presupposto fondamentale che le amministrazioni controllanti **debbono** assicurare l'adozione del Modello di organizzazione e gestione previsto dal D.Lgs. 231/2001 da parte delle società controllate.

Oneri minori gravano (...) per le società a partecipazione pubblica non di controllo, nei confronti delle quali le amministrazioni partecipanti si attivano per promuovere l'adozione del suddetto modello organizzativo”.



Segue: l'Odv nelle partecipate pubbliche

L'Anac, nelle recenti linee guida per l'attuazione della normativa in materia di anticorruzione da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati delle pubbliche amministrazioni, di cui alla Determinazione n. 1134/2017, si sofferma sul nuovo comma 8 bis dell'articolo 1, L. 190/2012.

“La definizione dei **nuovi compiti di controllo degli Oiv nel sistema di prevenzione della corruzione e della trasparenza** induce a ritenere che, anche nelle società, **occorra individuare il soggetto più idoneo allo svolgimento delle medesime funzioni**. A tal fine ad avviso dell'Autorità, ogni società attribuisce, sulla base di proprie valutazioni di tipo organizzativo, tali compiti all'Organo interno di controllo **reputato più idoneo ovvero all'Organismo di Vigilanza (OdV)** (o altro organo a cui siano eventualmente attribuite le relative funzioni), i cui riferimento devono essere indicati chiaramente nel sito web all'interno della sezione “Società Trasparente” (Anac. Nuove linee guida)

Quindi detta le nuove regole per l'applicazione delle norme sulla trasparenza ed anticorruzione nelle società controllate, anche in quelle dove il controllo pubblico è dato da una pluralità di amministrazioni. Sono le cd **“società a controllo pubblico congiunto”** per le quali una parte della dottrina richiede specifici **“patti parasociali espressi” sino ad insinuare l'ingresso di esperti in Organismo indipendente di valutazione (Oiv) (Registro DM 2/12/2016) all'interno degli Organi di Vigilanza**



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

I profili di responsabilità penale e civile dell'Organismo di vigilanza

- Come è a tutti noto la **responsabilità penale** può porsi solo nei confronti di una **persona fisica ai sensi dell'art. 27 Cost.** e quindi al più potrebbe configurarsi per i singoli componenti che compongono un Organismo di vigilanza, responsabilità che è stata **ipotizzata** nei casi in cui – in base all'art. 40 comma 2 del c.p. – fosse connessa ad un obbligo di impedire un evento e quindi correlato ad una funzione di garanzia che dovrebbe essere configurata in capo al controllore in relazione ad un determinato bene giuridico.
- L'introduzione di una fattispecie di **reato omissivo proprio è prevista per le mancate comunicazioni previste dall'art. 52 del d.lgvo 231/2007 in materia di riciclaggio il che consente di affermare che *ubi lex voluit, dixit.***



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: i profili di responsabilità penale e civile dell'Organismo di vigilanza

- E' stato osservato in dottrina che devono ritenersi estranei all'OdV poteri impeditivi nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti nonché l'esercizio diretto di poteri sanzionatori diretti o disciplinari perché ciò **equivarrebbe ad attribuire compiti simili a quelli che nel nostro ordinamento ha la polizia giudiziaria.**
- Pertanto **non può ritenersi sussistere una forma di responsabilità penale dell'OdV al di fuori delle ipotesi di concorso doloso, attivo od omissivo**, nei reati presupposto commessi dalle posizioni apicali o dai loro sottoposti ai sensi dell'art. 110 c.p. ferma restando inoltre l'ipotesi di **favoreggiamento** ex art. 378 c.p.;
- La Cass. Pen. 18 dicembre 2013, n. 3307 ha stabilito che «la responsabilità dell'ente non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato».



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: i profili di responsabilità penale e civile dell'Organismo di vigilanza

La responsabilità civile come noto si distingue in responsabilità **contrattuale** ex art. 1218 c.c. e responsabilità **extra-contrattuale**, o **Aquilana**, ex art. 2043 c.c.

La differenza di fondo che contrappone la prima alla seconda risiede nel fatto che la responsabilità **contrattuale sanziona l'inadempimento di una obbligazione già esistente** mentre la seconda sanziona invece un **fatto illecito dannoso dando vita ad una obbligazione che in detto fatto trova la propria fonte.**

Nella responsabilità extra-contrattuale il danneggiato che agisce per il risarcimento ha **l'onere di provare non solo il danno di cui chiede il ristoro ed il nesso causale fra danno lamentato ed illecito allegato, ma anche il fatto illecito allegato, nonché – salvo che nelle ipotesi di responsabilità oggettiva e di responsabilità aggravata – la colpa o il dolo del danneggiante.**



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: i profili di responsabilità penale e civile dell'Organismo di vigilanza

I componenti l'Organismo di vigilanza proprio perché incaricati di vigilare sull'osservanza del modello al fine di ottenere l'esimente per la responsabilità amministrativa dell'ente, rispondono civilmente sulla base dei principi generali della **responsabilità contrattuale per colpa** e quindi l'ente dovrà dimostrare:

1. Inadempimento previsto dal decreto 231/2001 e quindi provare **violazione dell'obbligo di vigilanza**;
2. In presenza di danno (emergente e lucro cessante) **la conseguenza immediata e diretta delle violazioni accertate**;
3. **L'esistenza di un rapporto di causalità tra inadempimento e danno.**



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: i profili di responsabilità penale e civile dell'Organismo di vigilanza

Solo nel caso in cui siano state fornite le prove, il debitore dovrà a sua volta provare che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile.

L'OdV dovrà, dunque, difendersi dimostrando di essere esente da colpa, o meglio, da colpa grave se il suo rapporto contrattuale sarà regolato seguendo le disposizioni relative ai professionisti intellettuali ex art. 2236 c.c. e la prestazione professionale attesa sia valutata come implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Inoltre l'OdV potrà invocare anche il principio contenuto nell'art. 1227 c.c. per cui in caso di violazione dell'obbligo di diligenza da parte dell'OdV, se la società non abbia attuato un Modello adeguato, né rilevato i suoi difetti attraverso l'opera dell'organo dirigente, le funzioni da esso dipendenti o l'organo di controllo come sarebbe stato suo dovere e sua prerogativa, l'OdV potrà invocare il concorso di colpa.



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: i profili di responsabilità penale e civile dell'Organismo di vigilanza

Alla luce di quanto sopra è ragionevole concludere che **la responsabilità da inadempimento nello svolgimento diligente del proprio incarico e della sua correlazione causale con il danno saranno difficili da raggiungere.**

Infine partendo dal rilievo per il quale il D.Lgvo 231/2001 **non** attribuisce ai membri **dell'OdV una posizione di garanzia dei terzi** si **deve escludere la possibilità di configurare una responsabilità extra-contrattuale** dei componenti di tale organismo.



Ordine dei
Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Verona

Segue: i profili di responsabilità penale e civile dell'Organismo di vigilanza

Diverso e dubbio il caso in cui l'OdV sia assunto dal Collegio Sindacale:

in altri termini di fronte alla commissione di un reato presupposto (o al suo tentativo) da parte di un amministratore, è configurabile l'iniziativa dei Sindaci, cui è pure affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sul rispetto del Modello, **ai sensi dell'art. 6 comma 4-bis, d.lgs. n. 231/2001, di sollecitare l'intervento del Tribunale avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 2409 c.c. <<se vi è il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate>>.**