

## Le funzioni e i poteri dell'organismo di vigilanza

di Andrea Quaranta

Il concetto di organismo di vigilanza è da sempre oggetto di ampi dibattiti dottrinali, a causa delle imprecise indicazioni fornite, al riguardo, dal legislatore delegato, che non è stato in grado di definire con precisione le caratteristiche strutturali che tale organo deve avere, affinché possa esercitare in modo indipendente i propri poteri di vigilanza ed assicurare, di conseguenza, l'effettività dei controlli in relazione alla dimensione ed alla complessità organizzativa dell'ente.

I principali motivi del contendere hanno riguardato:

1. la possibilità che le funzioni di competenza dell'O.d.V. possano essere svolte (anche) da un soggetto esterno, dal momento che, *expressis verbis*, l'organo di vigilanza è un "soggetto dell'ente" (art. 6, comma 1, lett. b) del D.Lgs n. 231/01):
  - a. da un lato, infatti, parte della dottrina ha evidenziato che la presenza di amministratori negli organismi di vigilanza non è da considerarsi coerente con lo spirito della legge, non solo perché l'organismo deve essere soggetto indipendente e, pertanto, "terzo" rispetto a coloro che incarnano il volere sociale, ma anche perché gli stessi amministratori possono essere soggetti attivi di alcuni reati rilevanti per il D.Lgs. n. 231/2001 e, di conseguenza, non è opportuno che possano essere, contemporaneamente, controllori ed controllati;
  - b. dall'altro, invece, c'era chi vedeva nella presenza di un amministratore non esecutivo ed indipendente nell'O.d.V. un elemento da valutare positivamente, sul presupposto che la presenza di un membro del consiglio potesse accrescere il commitment dell'organismo, garantendone "la forza, l'autorevolezza, la capacità di conoscere ed accedere alla società" (cfr. Circolare ABI, serie Legale n. 9, del 19 marzo 2004).

A tale proposito, occorre ricordare la posizione del GIP del Tribunale di Roma, che in un'ordinanza del 4 aprile 2003 ha fatto propria la prima tesi, sottolineando l'auspicabilità di un Organismo di vigilanza composto da soggetti non appartenenti agli organi sociali, al fine di assicurarne l'autonomia dei poteri di iniziativa e controllo, giungendo a suggerirne l'individuazione, eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni.

Anche la recentissima sentenza del Tribunale di Torino sul caso Thyssen Krupp (depositata lo scorso 14 novembre 2011) ha sottolineato l'importanza

dell'autonomia di poteri di iniziativa e controllo dell'O.d.V.: parlando della "superficialità" e "scarsa attenzione della sicurezza sul lavoro" che avevano caratterizzato i vertici dell'azienda anche dopo la tragedia avvenuta il 6 dicembre 2007, infatti, il Tribunale di Torino ha sottolineato che "quanto affermato [superficialità e scarsa attenzione alla sicurezza sul lavoro, ndr] emerge proprio dalla nomina, quale membro dell'Organismo di vigilanza di cui all'art. 6 lett. b) che, secondo la legge, deve essere dotato di autonomi poteri di vigilanza e controllo, allo scopo di implementare tale organismo come un membro "competente" in materia antinfortunistica" di un ingegnere che era, al contempo, dirigente del settore ecologia, ambiente e sicurezza.

In definitiva, come membro dell'organo di vigilanza, l'ingegnere de quo doveva controllare il suo stesso operato. Il Tribunale di Torino, pertanto, ritiene che "questa circostanza, di per sé sola, induca a ritenere che il modello adottato, nel periodo preso in considerazione, non poteva essere stato reso operativo, tanto meno in modo efficace, sottolineando che tale organismo deve essere dotato, secondo il citato art. 6, di "autonomi poteri di iniziativa e controllo": non è necessario spendere ulteriori parole sulla "autonomia" del controllore quando è la stessa persona fisica del controllato".

2. la necessità che l'O.d.V. dovesse essere costituito ad hoc o le sue funzioni potessero essere esercitate da un organismo preesistente.

A tale proposito, l'ABI, con la cit. circolare del 2004, aveva prospettato diverse possibili soluzioni:

- a) affidamento delle funzioni dell'O.d.V. al Comitato per il controllo interno, a causa di alcune caratteristiche che lo rendono idoneo a svolgere i compiti che il D.Lgs n. 231/01 attribuisce all'O.d.V. (i membri del Comitato devono essere amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti, a presidio dell'autonomia e dell'indipendenza dell'organo; i suoi compiti sono assimilabili a quelli dell'O.d.V., ovvero presiedere al sistema di controlli interni dell'impresa; assistere il C.d.A. nella fissazione delle linee di indirizzo e nella verifica periodica della loro adeguatezza e del loro effettivo funzionamento; assicurare che i principali rischi aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato; .....);
- b) affidamento delle funzioni dell'O.d.V. all'Internal Auditing, che comprende la funzione di effettuare indagini di carattere ispettivo, nonché quella di

verificare l'esistenza ed il buon funzionamento dei controlli idonei ad evitare il rischio di violazioni di legge;

- c) creare un organismo ad hoc costituito da professionalità interne ed esterne, all'interno del quale, comunque, garantire la presenza di almeno uno degli amministratori non esecutivi (al fine di garantire l'omogeneità di indirizzo e l'effettività del controllo sull'alta amministrazione) e dei componenti delle diverse "anime" della società (base, vertice e controllo), al fine di favorire la dialettica interna.

3. la sua composizione (organo monocratico o collegiale?).

La collegialità, avallata dalle associazioni di categoria, e condivisa anche dal GIP del Tribunale di Roma nella cit. ordinanza, anche se solo con riferimento alle sole imprese medio grandi (per le piccole imprese infatti può essere sufficiente un organo monocratico), indubbiamente offre maggiori garanzie di indipendenza rispetto ad un organo monocratico e, soprattutto, garantisce la presenza di specifiche competenze tecniche, in ragione dell'eterogeneità delle funzioni svolte all'interno dell'impresa.

Nonostante la convinta e convincente presa di posizione del Tribunale di Torino, lo stesso giorno del deposito della sentenza Thyssen Krupp veniva pubblicata in G.U. la legge di stabilità (L. n. 18 del 12 novembre 2011, in G.U. n. 265, S.O. n. 234 del 14 novembre 2011) la quale, inter alia, ha stabilito 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)".

Rispetto alla bozza di decreto legge per lo sviluppo che circolava ai primi del mese di novembre 2011 – che ha scatenato numerose polemiche – c'è stato un ridimensionamento della portata della norma.

Nella bozza, infatti, quella che successivamente è diventata una facoltà ("possono svolgere") era considerato un obbligo ("nelle società di capitali, ove lo statuto o l'atto costitutivo non dispongano diversamente, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione coordinano il sistema dei controlli della società e svolgono le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)").

La motivazione era di tipo economico, ed era finalizzata "a consentire l'individuazione di un organismo di vigilanza, ai fini della legge richiamata, laddove già sussistano all'interno della struttura organi di controllo, con concentrazione delle funzioni e conseguenti risparmi di spesa per gli enti destinatari".

Al di là della plausibilità delle motivazioni, è evidente che, in ogni caso, anche nella versione edulcorata, di cui alla legge di stabilità, pur trattandosi di una facoltà, il legislatore ha sposato la "tesi dell'ABI" (delineate nel precedente punto 1, lettera b) e di Confindustria, favorevoli alla presenza nell'O.d.V. di membri interni.

Confindustria, in particolare, nelle linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs n. 231/01 (marzo 2008), con riferimento al collegio sindacale aveva sottolineato che, a suo parere, "sotto il profilo della professionalità quest'organo sembra ben attrezzato per adempiere efficacemente al ruolo di vigilanza sul modello".

Ad ogni modo, questa novità deve essere letta in una con le altre modifiche apportate dalla stessa legge di stabilità alla composizione del collegio sindacale: in sintesi, nelle S.p.A. di minori dimensioni e nelle S.r.l., tale organo può essere costituito da un sindaco unico (nelle S.p.A. l'organo monocratico è ammissibile se l'ammontare dei ricavi o del patrimonio netto è inferiore a un milione di euro, sempre che vi sia una specifica previsione statutaria; nelle S.r.l., invece, tutti i precedenti riferimenti al collegio sindacale sono stati sostituiti con quelli al sindaco unico).

In dottrina (PATIMO) c'è chi si è chiesto se – alla luce del fatto che gli interventi in commento sono contenuti nell'art. 14 della Legge di stabilità per il 2012, e quindi avrebbero come obiettivo la riduzione degli oneri amministrativi per imprese – sia ammissibile l'attribuzione delle funzioni dell'Organismo di vigilanza al nuovo collegio sindacale monocratico.

In ogni caso, l'eventuale eliminazione dell'organo di vigilanza, e la sua sostituzione con il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo della gestione deve comunque essere attentamente valutata tenendo conto:

- ✓ sia della convenienza ad attribuire dette funzioni a soggetti esterni alla società. Al riguardo, la giurisprudenza, come si è accennato, ha preso una netta posizione a favore della presenza di soggetti non appartenenti agli organi sociali al fine di assicurarne l'autonomia dei poteri di iniziativa e controllo;
- ✓ sia della numerosità e complessità dei modelli organizzativi adottati. A tale proposito, vale la pena sottolineare che il continuo ampliamento degli illeciti per i quali le società possono essere chiamate a rispondere ai sensi del D.Lgs. 231/2001 (da ultimo i reati ambientali) può richiedere l'adozione anche di più modelli organizzativi, ciascuno dedicato alla prevenzione di una specifica categoria di reati, anche per compensare, in parte, l'elevata discrezionalità riconosciuta ai giudici penali nella valutazione dell'idoneità dei modelli adottati.

Come a dire, se l'obiettivo è quello di massimizzare la compliance con le previsioni del D.Lgs n. 231/01, al di là delle possibilità concesse dal legislatore, e delle disquisizioni di carattere tecnico, è preferibile ricorrere ad un autonomo O.d.V.