

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

Diventare Organismo di Vigilanza come Collegio Sindacale

Dott. Marco Rescigno
Dottore Commercialista e Revisore Legale in Bergamo



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

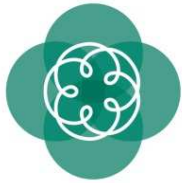
M I L A N O

13 dicembre 2013



S.A.F. LUIGI MARTINO

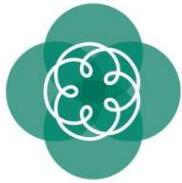
Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano



Indice dell'intervento

- a) Aspetti introduttivi normativi
- b) Orientamenti associazioni di categorie e problematiche relative sollevate rapporto OdV-Collegio Sindacale
- c) Aspetti operativi nell'assunzione dell'incarico Odv e Membro del Collegio Sindacale





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 normativi



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



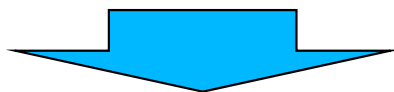
Aspetti introduttivi normativi

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

- «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**»
- «**non** vi sia stata **omessa o insufficiente vigilanza** da parte dell'Organismo di cui alla lettera b)»

Inoltre è specificato che...

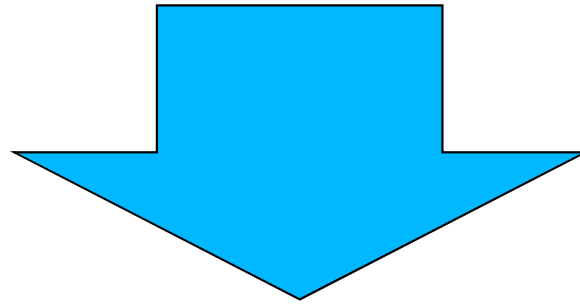
- «i modelli di organizzazione e gestione **devono prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo** deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli»
- «negli enti di piccole dimensioni **i compiti dell'Organismo di Vigilanza possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente**».



NESSUN RIFERIMENTO ALLA POSSIBILITA' DI ASSEGNARE LA FUNZIONE DI ODV AGLI ORGANI DI CONTROLLO

Aspetti introduttivi normativi

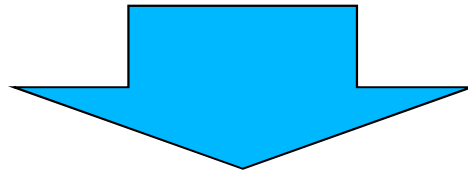
Modifiche apportate all'art. 6 D. Lgs. 231/2001 con la Legge Stabilità per il 2012 (Novembre 2011)



4.bis «Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo e della gestione **possono svolgere** le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)»

Aspetti introduttivi normativi

Si segnala che la versione in bozza della Legge di Stabilità prevedeva una coincidenza totale tra organo di controllo e Organismo di Vigilanza

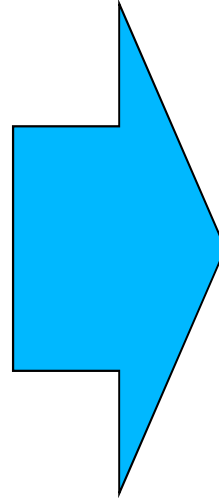


4.bis «Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo e della gestione **coordinano il sistema dei controlli delle società e svolgono le funzioni** dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)»

Aspetti introduttivi normativi

Posizioni dottrinali ante modifica Legge di Stabilità

- ABI circolare 30/2010
- Assonime proposte in materia di controlli societari (Giugno 2011)
- Codice di Autodisciplina (Dicembre 2011)



Posizioni dottrinali post modifica Legge di Stabilità

- Confindustria (Giugno 2012)
- BdI, Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche (Giugno 2011)
- ABI Circolare 1/2012
- AODV (*position paper*)
- IRDCeC , Documento n. 18

Posizioni dottrinali – ante Legge di Stabilità

ABI Circolare 30/2010

- ❑ **escludeva** che la funzione di OdV potesse essere assegnata *tout court* al Collegio Sindacale (le cui funzioni sono attribuite dal Codice Civile e che non è dotato di quei **poteri di autonomi** di **iniziativa e controllo** cui il D. Lgs 231 fa riferimento)
- ❑ sosteneva che **non potesse essere identificato *tout court* in un soggetto esterno all'ente medesimo** coma, ad esempio, ad un *team* di consulenti
- ❑ ne ammetteva una **composizione eterogenea** tra professionalità interne e professionalità esterne con la presenza di amministratori indipendenti

Posizioni dottrinali – ante Legge di Stabilità

Assonime proposte in materia di controlli societari (giugno 2011)

- l'OdV mancando di un adeguato profilo di responsabilità **non è considerato idoneo a rappresentare una funzione di garanzia**
- si considera preferibile attribuire i compiti di OdV all'Organo Amministrativo e/o all'Organo di Controllo
- suggerisce, al fine di ottimizzare il sistema dei controlli, **il rafforzamento dell'organo di vigilanza (inteso come Collegio Sindacale)**, in modo da farlo diventare un organo unico a cui riferire tutta l'attività di vigilanza (inclusa quella relativa al D. Lgs 231/2001)

Posizioni dottrinali – ante Legge di Stabilità

Codice di Autodisciplina

- indica che «nell'ambito di una razionalizzazione del sistema dei controlli, gli emittenti valutano l'opportunità di attribuire al Collegio Sindacale le funzioni di Organismo di Vigilanza ex D. Lgs 231/2001»

Posizioni dottrinali – post Legge di Stabilità

Confindustria (Giugno 2012)

- recependo quanto disposto dalla Legge di Stabilità l'Associazione evidenzia come **la normativa prevede che l'incarico di membro dell'OdV possa e non debba essere assegnato al Collegio Sindacale**, continuando a poter optare per un organismo formato da soggetti esterni al Collegio Sindacale o per un organismo a composizione eterogenea composto eventualmente ad uno e più componenti del Collegio Sindacale
- invita a prestare **attenzione al fatto che i sindaci sono potenzialmente** autori di taluni reati presupposto (reati societari)

Posizioni dottrinali – post Legge di Stabilità

Banca d'Italia – Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche

- indica che l'organo con funzione di controllo, individuato nella figura del Collegio Sindacale **svolge di norma le funzioni dell'Organismo di Vigilanza** istituito ai sensi del D. lgs. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa degli enti
- la Banca d'Italia ammette che gli istituti di credito possano affidare tali funzioni ad un organismo appositamente costituito, dandone adeguata motivazione

Posizioni dottrinali – post Legge di Stabilità

ABI – Circolare n. 1/2012

- ammette che l'incarico di membro dell'OdV possa essere assegnato all'Organo di Controllo** (sottolinea che non si tratta di un obbligo)
- evidenza che il Magistrato **non potrà più contestare l'inidoneità del Modello** di un ente per «asserita incompatibilità di funzioni» laddove l' OdV sia composto da membri del Collegio Sindacale
- la nomina da parte dell'organo amministrativo quale OdV **sia da ritenersi corretta**
- suggerisce di **distinguere bene nell'incarico** le funzioni svolte in qualità di OdV da quelle svolte in qualità di membro del Collegio Sindacale

Posizioni dottrinali – post Legge di Stabilità

AODV – position paper del 23.3.2012

- ❑ **critica profondamente** la nuova normativa e l'attribuzione dell'incarico di OdV al Collegio Sindacale in considerazione di:
 - ❑ mancanza di continuità d'azione
 - ❑ attribuzione al Collegio Sindacale della funzione di OdV da parte del CDA
 - ❑ rischio di indipendenza ai sensi dell'art 2399 del Codice Civile
 - ❑ conflitto di interessi per attività svolte dal Collegio fortemente a rischio 231
 - ❑ possibile carenza di professionalità

Posizioni dottrinali – post Legge di Stabilità

IRDCeEC – Documento n. 18

- avvalorata la tesi che l'Organo di Controllo deputato a nominare l'OdV sia l'Organo Amministrativo anche qualora l'incarico venga assegnato al Collegio Sindacale
- sostiene che non venga meno il requisito di indipendenza previsto per il Collegio Sindacale dall'art. 2399 C.C.
- ritiene che l'incarico delle funzione di OdV sia assegnata all'intero Collegio Sindacale;
- esclude che l'incarico possa essere assegnato al sindaco unico facendo la norma esplicito riferimento all'organo collegiale (Collegio Sindacale)

Aspetti operativi nell'assunzione dell'incarico Odv e Membro del Collegio Sindacale

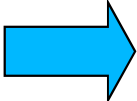
Premessa

- ❑ i modelli organizzativi adottati dalle società devono contenere specifiche indicazioni con riferimento al caso in cui la funzione si OdV sia svolta dal Collegio Sindacale

CASO A identifico già nel MOG l'OdV nel Collegio Sindacale in applicazione ex art. 6 c. 4.bis

- opportuno un coordinamento tra la normativa speciale del D. Lgs 231/2001, i contenuti del Modello Organizzativo, norme del Codice Civile (e Norme di comportamento del Collegio Sindacale)
- la funzione di OdV è attribuita all'intero collegio sindacale
- lo svolgimento delle funzione di OdV rientra tra i compiti dell'ufficio di sindaco

Premessa

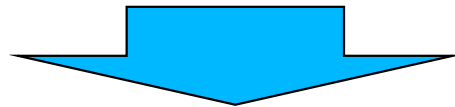
CASO B  **individuo nel MOG che l'ODV può essere composto ANCHE da Sindaci (facoltà concessa dall'art. 6 c.4-bis)**

- situazione che va gestita in fase di nomina dell'OdV

Conferimento dell'incarico

Le modalità di svolgimento delle funzione di OdV da parte del collegio sindacale muovono da due presupposti:

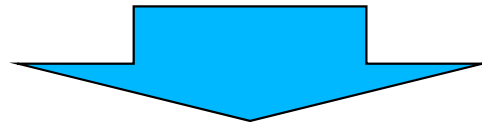
- ❑ le duplici funzioni di vigilanza ex art. 2403 e di OdV **rimangono distinte**, ma vanno coordinate tra di loro, realizzando opportune sinergie e garantendo maggiore efficienza operativa
- ❑ la natura di organo sociale del collegio sindacale **è prevalente rispetto** a quella di OdV



in caso di conflitto tra le norme 231/2001, disposizioni del MOG prevalgono le disposizioni proprie del Collegio Sindacale contenute nel Codice Civile e nello Statuto.

Conferimento dell'incarico

- ❑ Il D. Lgs 231/2001 non individua l'organo competente alla designazione dell'OdV.



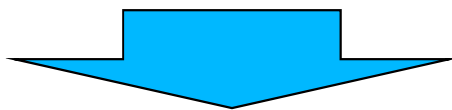
l'adozione del MOG è potere proprio dell'organo amministrativo

conseguentemente

anche nel caso di Collegio Sindacale, la nomina quale OdV avviene a cura dell'organo amministrativo

Conferimento dell'incarico

- ❑ la formulazione dell'art. 4 bis **fa concludere** che l'attribuzione avviene a favore del collegio sindacale e non del sindaco



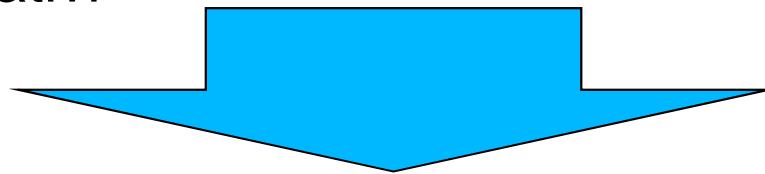
se il MOG già prevede l'attribuzione della funzione dell'OdV al Collegio Sindacale l'accettazione dell'incarico sindacale **comporta l'automatica attribuzione dei compiti di OdV 231**

Verifica dei requisiti di autonomia, indipendenza e onorabilità, professionalità e continuità d'azione

- ❑ I requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza dei componenti del collegio sindacale **sono obbligatoriamente previsti dal Codice Civile** (artt. 2397 e 2399);
- ❑ nel caso in cui il MOG preveda **specifici requisiti** di professionalità, indipendenza ed onorabilità, ciascun sindaco verifica di essere in possesso anche **di tali ulteriori requisiti**
- ❑ da considerare quanto previsto dalla Norma Comportamento 1.4 in relazione alla **valutazione di indipendenza richiesta al Collegio Sindacale** (indipendenza in funzione del rischio di interesse personale, eccessiva familiarità e confidenzialità, rischio di intimidazione, rischio di indipendenza finanziaria,....).

Verifica dei requisiti di autonomia, indipendenza e onorabilità, professionalità e continuità d'azione

- ❑ va osservato che il collegio sindacale **è organo dotato ex lege di autonomi poteri di iniziativa e controllo** (art. 2403 bis «i sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, agli atti di ispezione e controllo»)
- ❑ inoltre il collegio sindacale è **in possesso della «continuità d'azione»** richiesta dal D. lgs. 231/2001 per lo svolgimento delle funzione di vigilanza sui modelli organizzativi



IL REQUISITO DI «CONTINUITA'» E' COMUNQUE UN ELEMENTO PLASMABILE IN RELAZIONE ALLE NECESSITA' OPERATIVE E ALLE POSSIBILITA' PERSONALI

Compenso

- ❑ Ai componenti del Collegio Sindacale incaricato della funzione di OdV è riconosciuto **un compenso separato ed ulteriore** per lo svolgimento di tale funzione

- ❑ Ai fini della determinazione del compenso devono essere valutati i seguenti elementi:
 - valutazioni del **rischio per l'assunzione del ruolo** (più alto è il pericolo di comportamenti illeciti, maggiore sarà il lavoro da svolgersi e le responsabilità per l'OdV)

 - **complessità** del modello adottato (struttura organizzativa, processi sensibili, aree e funzioni coinvolte, protocolli individuati,...)

 - livello **dimensionale e organizzativo** dell'azienda

Compenso

- ❑ **Elementi utili** ai fini delle valutazione dell'adeguatezza del compenso:
 - ❑ **ormai abrogata tariffa professionale**. Il CNDCEC aveva fornito indicazioni sul compenso OdV equiparandolo la funzione a quella delle revisione (determinata ex art. 32 TP)
 - ❑ **DM 20.7.2012**. Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi professionali (art. 22 specifico per i Dottori Commercialisti per l'esercizio di funzioni di revisione)

Cessazione dell'incarico

- ❑ ai componenti del Collegio Sindacale, anche quando incaricati della funzione di OdV, **si applicano le norme del Codice Civile in tema di cessazione dall'ufficio** (art. 2400 del Codice Civile) **e di sostituzione del Sindaco** (art. 2401 del Codice Civile)
- ❑ nel caso in cui la società **intenda sottrarre la funzione di OdV al Collegio Sindacale**, è opportuno che l'organo amministrativo provveda prima alla revoca di detta funzione e successivamente all'assegnazione delle stessa ad un OdV di nuova istituzione
- ❑ per ciò che concerne la scadenza dell'OdV, in caso di attribuzione al Collegio Sindacale, deve coincidere con quella dell'Organo di Controllo

Documentazione di supporto e modalità di conservazione

- ❑ il libro dell'OdV e i documenti di supporto che forniscono evidenza dello svolgimento della funzione di OdV da parte del Collegio Sindacale, **costituiscono un set di documentazione autonomo** rispetto sia al libro delle adunanze e delle deliberazioni del Collegio Sindacale, sia alla documentazione di supporto che attiene allo svolgimento della funzione di vigilanza ex art 2403 e seguenti del Codice Civile

Reportistica (relazione semestrale/annuale)

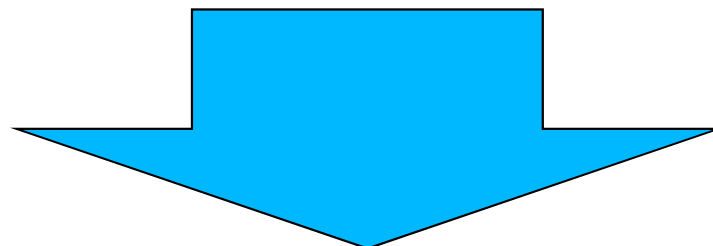
- ❑ Nella relazione annuale al bilancio redatta ex art. 2429 C.C. è opportuno che il Collegio Sindacale riferisca sinteticamente in merito agli esiti dell'attività svolta ai sensi dell'art 6 c. 4-bis D. Lgs. 231/2001
- ❑ si deve evidenziare che la relazione ex art. 2429 C.C. e la reportistica relativa alla funzione di OdV devono essere mantenute distinte, in quanto costituiscono documenti con differenti finalità e destinatari

Flussi informativi (nel caso di C.S. non nominato OdV)

- ❑ La Norma di Comportamento 5.5 dispone specifici obblighi di acquisizione di informazioni dall'OdV da parte del Collegio Sindacale (nel caso di mancata nomina OdV) tenuto a:
 - ❑ acquisire informazioni e verificare aspetti inerenti l'autonomia, l'indipendenza e la professionalità dell'OdV
 - ❑ verificare la corretta adozione del MOG e l'effettiva operatività dell'OdV (severità del sistema sanzionatorio che può compromettere le prospettive di continuità aziendale)

Considerazioni finali

E' un problema la nomina dell'OdV da parte del CDA?



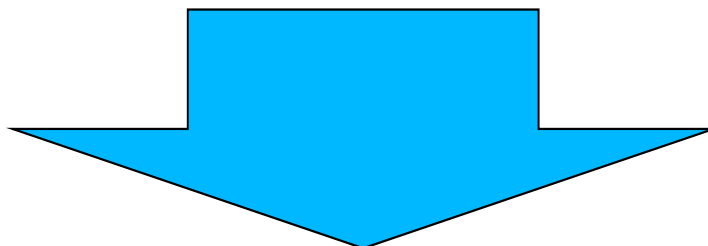
«cortocircuito» istituzionale nella governance societaria?

l'incarico professionale di membro dell'OdV assegnato dal CdA a cui il Collegio Sindacale diventa referente per la funzione ricoperta

parte delle dottrina suggerisce di far attribuire la funzione di OdV al Collegio Sindacale direttamente dall'Assemblea

Considerazioni finali

Incarico di OdV incompatibile ai sensi dell'art. 2399 1 co. lettera c)?

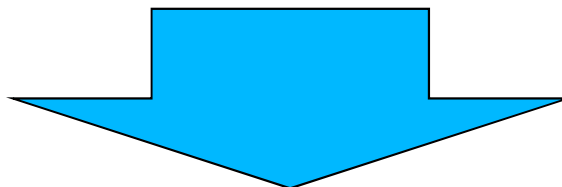


Utile riferimento a tal proposito è la Norma di Comportamento 1.4

«in presenza di rapporti di consulenza o prestazione d'opera retribuita e ulteriori rapporti di natura patrimoniale la sussistenza di cause di ineleggibilità e decadenza deve essere valutata caso per caso da parte dei sindaci sulla base dei rischi per l'indipendenza»

Considerazioni finali

L'incarico di OdV può modificare (aggravare) il regime di responsabilità del Collegio Sindacale?



Sindaci sono titolari di posizione di garanzia di legalità (artt. 2403 e 2407 C.C.)

Art. 2407 C.C. «sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica»

- *ampliamento di poteri conoscitivi per lo svolgimento delle funzione di OdV ?*
- *rischio di essere considerati penalmente responsabili anche in relazione ai reati 231/2001 ?*

Ringrazio per l'attenzione

Marco Rescigno
Dottore Commercialista e Revisore Legale in Bergamo