

# INCROCCI PERICOLOSI

L'interlocking, ovvero il divieto di esercitare cariche analoghe in imprese concorrenti, riguarda anche la composizione degli Organismi di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001. Ma l'assenza di una disciplina specifica ne complica l'applicazione e lascia spazio ai dubbi: facciamo chiarezza

di **Luca Mansi** e **Andrea Polizzi**

**T**rascorsi ormai 15 anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, risulta ancora fortemente dibattuta la questione relativa alla composizione degli Organismi di Vigilanza, con riferimento al tema del ruolo e della presenza dei membri interni all'ente vigilato. Sotto il profilo operativo, vi è sovente consenso nel ritenere che, al fine di garantire una piena operatività dell'OdV, sia auspicabile che almeno un membro venga scelto nell'ambito della compagine aziendale: non solo al fine di garantire all'OdV un canale informativo preferenziale con la società, ma anche nell'ottica di una maggiore prevenzione dei rischi da reati presupposti. Al tempo stesso, però, il d.lgs. 231/2001 richiede che i membri dell'Organismo siano in possesso di particolari requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità<sup>1</sup>, in carenza dei quali l'efficacia e operatività del modello verrebbe compromessa<sup>2</sup>. Se tali caratteristiche possono presumersi, nel caso in cui del ruolo di membro dell'OdV venga incaricato un professionista esterno, lo stesso non può dirsi per quei soggetti che ricoprono ruoli di rilievo nella società. Tale eventualità determinerà la necessità di

procedere a un'attenta analisi dei fattori che possano pregiudicare la presenza dei requisiti sopra indicati. Da tale angolazione, le ipotesi di interlocking<sup>3</sup> che destano maggiori preoccupazioni sono quelle che coinvolgono gli organi amministrativi e di controllo dell'ente sorvegliato.

## CAUSE DI INCOMPATIBILITÀ

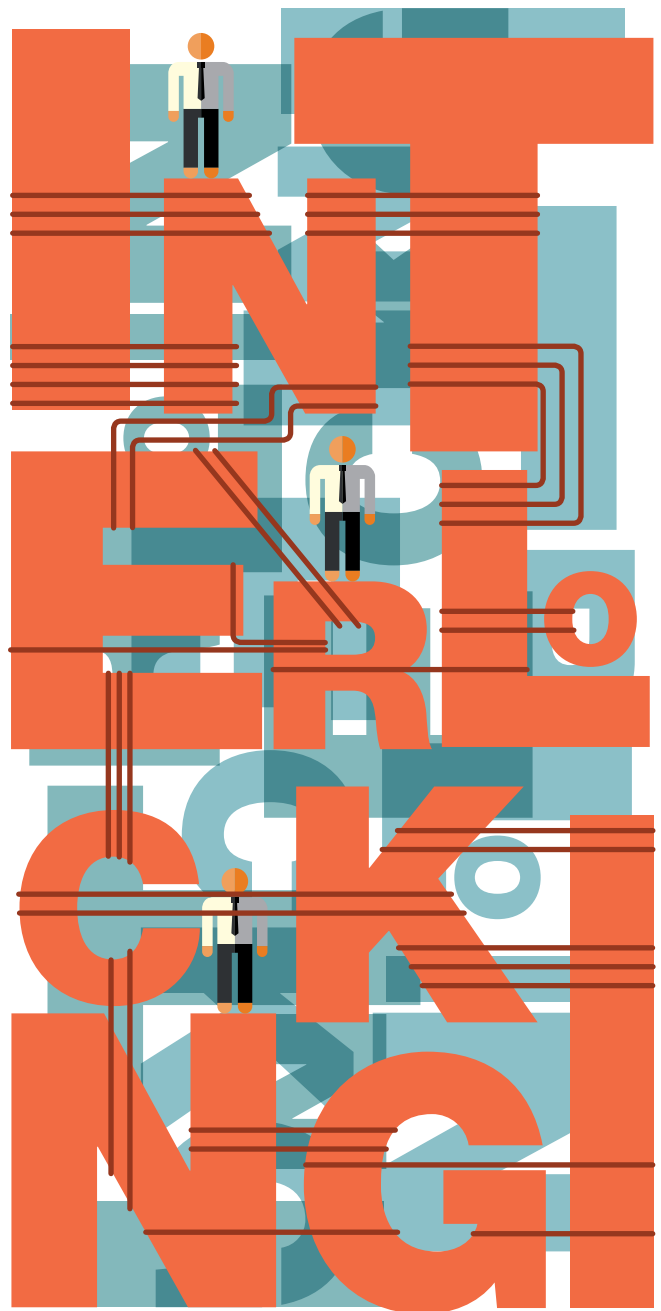
È da rilevare come, già nell'imminenza dell'emanazione del decreto, la giurisprudenza<sup>4</sup> avesse espresso perplessità in merito alla sovrapposizione di ruoli tra membro dell'OdV e componente di organi societari. Tale eventualità sarebbe, infatti, sufficiente a escludere in capo all'Organismo quei poteri di iniziativa, autonomia e controllo al medesimo richiesti dalla legge. Invero, alcune possibilità sono da escludersi: impensabile una sovrapposizione con il ruolo di amministratore unico, amministratore delegato o componente del comitato esecutivo. Da respingere anche l'opportunità di costituire un OdV composto unicamente da consiglieri esecutivi. In questi casi vi sarebbero, infatti, macroscopiche cause di incompatibilità tra le posizioni in esame, quali la carenza di autonomia e indipendenza, non-

ché una coincidenza tra controllori e controllati<sup>5</sup>. Assume, invece, prospettiva differente, secondo alcune opinioni<sup>6</sup>, la possibilità di cumulo con i singoli Consiglieri di Amministrazione o di gestione. Una maggiore apertura sembra riscontrarsi nei confronti di consiglieri non esecutivi e privi di deleghe operative. Tutti i componenti dell'organo amministrativo, comunque individuati restano partecipi e responsabili della gestione societaria<sup>7</sup>.

### CONFLITTI DI COMPETENZE

Analoghe considerazioni devono sposarsi in ipotesi di conferimento dell'incarico al comitato controllo e rischi. Le competenze dell'Organo potrebbero, infatti, sovrapporsi a quelle OdV, con la differenza che per quest'ultimo si pretende una più mirata attività di sorveglianza e competenze tecniche maggiormente estese. Più articolata appare la possibilità di attribuire le funzioni di OdV al collegio sindacale, con riferimento ai rischi generati dalla sovrapposizione delle competenze dei due organi, nonché al diverso regime di responsabilità<sup>8</sup>. Inoltre, ai componenti dell'OdV non è attribuito alcun obbligo impeditivo o di intervento diretto sull'andamento della società e sull'operato degli amministratori, tanto da non poter determinarsi una responsabilità dell'Organismo nei confronti di terzi danneggiati, a seguito delle azioni intraprese dalla società.<sup>9</sup>

Per tali motivi, in molti si sono espressi a sfavore del cumulo di funzioni. L'ABI, nelle proprie Linee guida, dichiarava che: "Attesa la configurazione e le funzioni che il decreto attribuisce a tale Organismo, non appare coerente una sua identificazione con il Collegio Sindacale". Analoghe considerazioni venivano sposate anche da Confindustria. Tali perplessità non sembrano aver impensierito il legislatore, il quale, con la legge di stabilità per il 2012, ha introdotto il comma 4 bis dell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, disponendo che: "Nelle società di capitali il Collegio Sindacale, il Consiglio



<sup>1</sup> CONFINDUSTRIA, Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001, 31 marzo 2008, aggiornate al marzo 2014.

<sup>2</sup> Cass. pen. Sez. Unite, Sent., (ud. 24.04.2014) 18.09.2014, n. 38343.

<sup>3</sup> Per interlocking si intende, in senso lato, la fattispecie secondo la quale un soggetto detenga contemporaneamente più cariche amministrative, di sorveglianza, di controllo, nonché di vertice, in imprese o gruppi di imprese concorrenti. Ai fini della presente trattazione, in particolare, si fa invece riferimento all'interlocking inteso come cumulo tra cariche sociali e la posizione di membro dell'Organismo di Vigilanza.

<sup>4</sup> Ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale di Roma in data 04.04.2003, ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale di Milano in data 20.09.2004.

<sup>5</sup> BARTOLOMUCCI, SANDRO, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche: modelli preventivi ad efficacia esimente ex D. lgs. n. 231/2001*, 2004, Milano, IPSOA, cit., pag. 254, secondo cui «[...] può escludersi la conferibilità dell'incarico all'amministratore unico, al consiglio di amministrazione o all'amministratore delegato, in quanto essi stessi soggetti passivi della vigilanza. Ciò discende sia dalla carenza del requisito dell'indipendenza [...], ma sostanzialmente dall'inconciliabile cumulo della posizione di controllori e controllati, che precluderebbe in nuce ogni effettiva sorveglianza sul rischio di commissione di reati «propri», quali i reati societari di cui all'art. 25-ter»; DE VIVO, ANNALISA e MARTINO, LUIGI, *L'organismo di vigilanza*, in Aa. Vv., *I modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, a cura di F.M. D'Andrea, A. De Vivo, L. Martino, 2005, Milano, Giuffrè, cit., pag. 180, per i quali l'incarico non può «essere conferito al consiglio di amministrazione, all'amministratore unico o all'amministratore delegato, sia perché essi difetterebbero del necessario requisito dell'indipendenza, sia perché in tal modo si verificherebbe un cumulo tra la posizione di controllore e quella di controllato»; LEDDA, FABIO e GHINI, PATRIZIA, *Organismo di vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, 2008, I, cit., pag. 216; DE NICOLA, ALESSANDRO,

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". Anche a fronte dell'avvallo normativo, non pare siano state risolte le criticità sollevate. Al contrario, se ne aggiungono altre. Vero è che la norma in esame fa riferimento ai tre organi di controllo dei sistemi tradizionale, monistico e dualistico; organi che, tuttavia, sono caratterizzati da una notevole differenza di funzioni, esigenze e composizioni. Nondimeno, la dottrina era sempre stata molto restia nel confermare la legittimità di tale ipotesi di interlocking, con riferimento alla coincidenza tra controllori e controllati<sup>10</sup> e alla conseguente carenza di indipendenza per la funzione di vigilanza stessa<sup>11</sup>.

### SCENARIO ANCORA INCERTO

Sulla nuova opportunità di sovrapposizione si è soffermata anche l'ABI, per le ipotesi di cumulo in ambito finanziario. Nella circolare n. 1/2012 l'associazione valuta una sorta di "sdoppiamento" dell'organo di controllo, richiedendo una "chiara ripartizione delle funzioni [...] per evitare che il Collegio Sindacale che svolge funzioni di OdV sia considerato quale titolare di una posizione di garanzia penalmente rilevante anche in relazione alla materia 231". La legittimità dell'interlocking nell'ambito degli Organismi di Vigilanza, dunque, rappresenta una questione tutt'altro che risolta. Sin dall'emanazione del decreto, la dottrina ha sempre auspicato un intervento del legislatore volto alla regolamentazione delle singole fattispecie ipotizzabili.

Tuttavia, le novità introdotte per mezzo della legge di stabilità del 2012 paiono aver messo in discussione l'unico approdo raggiunto da parte della dottrina maggioritaria: l'incumulabilità tra il ruolo di membro dell'Organismo e componente dell'organo di controllo. L'unica soluzione che la dottrina ritiene percorribile pare essere quella della

valutazione, caso per caso, delle singole ipotesi di sovrapposizione. Non solo: l'analisi della composizione dell'Organismo dovrebbe ottenere riscontro nella stessa struttura del modello di organizzazione e controllo adottato, il quale dovrà prevedere adeguati controlli incrociati al fine di evitare che il modello possa mostrare debolezze sul piano della prevenzione. Sarebbe proprio questa la chiave di lettura della fattispecie. La compatibilità tra le funzioni di Organismo di Vigilanza e altro organo societario non andrebbe verificata astrattamente ex ante, ma, al contrario, la cumulabilità delle cariche dovrà valutarsi in concreto sulla base dell'idoneità del sistema di cross check, di cui il modello adottato dovrà essere espressione, all'effettiva ed efficiente prevenzione delle ipotesi di reato.

### L'ECCEZIONE ALLA REGOLA

Tuttavia, a detta di chi scrive, sono ancora troppe le ipotesi di cumulo la cui legittimità non sia ancora stata chiarita. A ulteriore conferma di tali considerazioni sono i risultati emersi da una ricerca svolta da AODV231<sup>12</sup>, secondo la quale solo il 3% delle società esaminate avevano approfittato della possibilità di attribuire all'organo di controllo le funzioni di OdV. Dello stesso tenore anche l'analisi svolta da AIIA<sup>13</sup> dove nessuno dei gruppi societari interpellati ha espresso parere favorevole alla sovrapposizione. Concludiamo con una delle poche certezze, ossia l'esito positivo della valutazione delle ipotesi di cumulo tra membro dell'OdV e funzioni di Controllo Interno di secondo e terzo livello. Tale sovrapposizione permette di garantire all'Organismo una maggiore permeabilità ed efficacia delle proprie attività di controllo (compliance e Internal Audit). In ragione di ciò, è da valutarsi spesso positivamente l'inserimento di tali soggetti in un OdV composto, altresì, da professionisti esterni, in modo tale da assicurarli quei requisiti di autonomia e indipendenza richiesti dal decreto.

*L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, 2015, Torino, Giappichelli, cit. pagg. 60 e 61.

<sup>6</sup> VALENSISE, PAOLO, *L'organismo di vigilanza ex D.lgs. n. 231/2001: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, il Mulino, cit., pag. 367.

<sup>7</sup> BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche: modelli preventivi ad efficacia esimente ex D. lgs. n. 231/2001*, cit., pag. 254; SFAMENI, PAOLO, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, cit., pag. 198.

<sup>8</sup> VALENSISE, *L'organismo di vigilanza ex D.lgs. n. 231/2001: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, cit., pag. 371.

<sup>9</sup> Idem, cit., pagg. 359 ss.

<sup>10</sup> DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, 2015, cit. pag. 56.

<sup>11</sup> Di diverso avviso sono le "Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 - 15° aggiornamento del 2 luglio 2013" di Banca d'Italia, le quali stabiliscono, al paragrafo 4, che "L'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza - eventualmente istituito ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti - che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo decreto legislativo. Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito dandone adeguata motivazione".

<sup>12</sup> ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMI DI VIGILANZA EX D.LGS. 231/2001, Documento di consultazione di Banca d'Italia in tema di Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche - sistemi dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa - Osservazioni dell'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D. Lgs. 231/2001 (AODV231) in relazione al ruolo dell'Organismo di Vigilanza.

<sup>13</sup> ASSOCIAZIONE ITALIANA INTERNAL AUDITORS, *La compliance al D. Lgs. 231/2001 nei Grandi Gruppi*, marzo 2012.