



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

C.N.D.C.E.C.

PROT. 110 DEL 13-01-2009

TIPO: PARTENZA



FM/me

Roma, 7 gennaio 2009

Spett.le
Consiglio dell'Ordine dei dottori
commercialisti e degli esperti contabili
di Genova
Via Fieschi 8/11
CAP 16121 GENOVA

Inviato a mezzo e-mail.

Oggetto: PO 465 - 2008. Ufficio relazioni istituzionali e coordinamento ordini territoriali
– Diritto societario – Incompatibilità sindaco/revisore ex art. 2409 *quinquies* cod.civ.

Nel Vostro quesito del 9 ottobre 2008, si chiede a questo Consiglio Nazionale di esprimersi in merito all'eleggibilità, o meno, alla carica di sindaco dei professionisti facenti parte della "rete" della società di revisione incaricata di svolgere la funzione di controllo contabile sulla medesima società, alla luce delle disposizioni di cui agli artt. 2399, comma 1, lett. c) e 2409 *quinquies* del cod. civ.. In particolare, si chiede:

1. *"come opera la previsione di decadenza/ineleggibilità in riferimento alla successione del conferimento degli incarichi tra loro incompatibili, atteso che l'art. 2409 quinquies sembra individuare una prevalenza dell'ufficio di sindaco rispetto a quella di soggetto incaricato del controllo contabile (è prevista la decadenza dall'incarico di controllo contabile nel caso di nomina a sindaco evidentemente successiva al conferimento del "primo" incarico)?"*
2. *"come l'incompatibilità si riflette nei confronti dei soggetti appartenenti alla "rete" della società di revisione, laddove il Legislatore, sempre e solo per il caso delle società non soggette al TUF, ha adottato un tenore letterale che pare limitare l'ampiezza dell'incompatibilità ad un "intorno" piuttosto ristretto delle società di revisione, dal quale i soggetti appartenenti alla rete del revisore sono esclusi?"*

La soluzione dei quesiti proposti impone di chiarire, innanzitutto, che l'incompatibilità fra l'ufficio di sindaco e quello di revisore deve essere spiegata soprattutto alla luce della volontà del legislatore di operare effettivamente la separazione fra controlli

contabili e controlli sull'amministrazione e di consentire una specializzazione nelle due forme di controllo societario. L'impossibilità di far convergere su uno stesso soggetto sia i controlli sull'amministrazione sia i controlli contabili, infatti, rende effettiva, e non solo illusoria, la suddetta separazione.

In relazione al primo quesito, è bene sottolineare che l'incompatibilità fra le due cariche non è disposta nell'ambito dell'art. 2399 cod. civ., bensì dall'art. 2409 *quinquies* del cod. civ., recante la disciplina delle cause di ineleggibilità e decadenza dall'ufficio di revisore contabile. Il fatto che l'incompatibilità fra l'incarico di sindaco e quello di revisore sia disposta espressamente solo nell'ambito dell'art. 2409 *quinquies* ci induce ad aderire alla tesi di coloro che ritengono che esista una prevalenza dell'ufficio di sindaco su quello di revisore¹. Ciò fa sì che la decadenza operi sempre e comunque per l'incarico di controllo contabile e non per l'incarico più recente fra i due.

Pertanto, sembra doversi escludere la sussistenza della regola della "prevalenza del primo incarico detenuto rispetto al secondo conferito". Secondo tale regola (richiamata anche nel quesito), la convergenza nella stessa persona fisica delle cariche di sindaco e di revisore (nel caso in cui si abbia la separazione dei controlli), prima ancora che rappresentare una causa di decadenza dall'ufficio per primo detenuto, costituisce una causa di ineleggibilità all'ufficio per secondo conferito, poiché l'art. 2409 *quinquies* statuisce l'ineleggibilità di un sindaco alla carica di revisore e l'art. 2399, comma 1, lett. c) prevede l'ineleggibilità a sindaco di un soggetto legato alla società da un rapporto continuativo di prestazione d'opera retribuita, quale sarebbe il rapporto di revisione².

Ciò che non pare condivisibile è la circostanza che l'incarico di revisione individui uno dei rapporti continuativi di cui all'art. 2399, comma 1, lett. c)³. Infatti se così fosse stato, nell'ambito dell'art. 2409 *quinquies*, non sarebbe stato necessario prevedere, espressamente l'incompatibilità fra la carica di sindaco e quella di revisore, essendo state già richiamate le ipotesi di ineleggibilità e decadenza di cui all'art. 2399, comma 1, lett. c), cod. civ.: l'espressa previsione dell'incompatibilità fra sindaco e revisore sarebbe stata del tutto pleonastica.

Dunque, l'incompatibilità fra l'incarico di sindaco e quello di revisore configura un'ipotesi ulteriore rispetto a quelle già individuate dall'art. 2399, comma 1, lett. c), cod. civ.. ed è diretta a tutelare interessi diversi da quelli alla base della formulazione dell'art. 2399 cod. civ.. Infatti, come evidenziato, in precedenza, l'incompatibilità fra l'incarico di sindaco e quello di revisore, non è volta ad assicurare l'inesistenza di rapporti fra i controllori e la società, ovvero i suoi amministratori, in grado di

¹ In tal senso RIGOTTI, *Commento all'art. 2399 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società. Collegio sindacale. Controllo Contabile*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, pag. 119.

² MAGGIOLINO, *Commento all'art. 2409 quinquies c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società. Collegio sindacale. Controllo Contabile*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, pag. 526.

³ In tal senso RIGOTTI, *op. cit.*, pag. 119; STAGNO D'ALCONTRES, *Parere in ordine al regime di indipendenza ed incompatibilità dei componenti degli organi di controllo nelle spa*, reso al CNDC nel marzo 2004, l'autore evidenzia che "l'art. 2409 quinquies richiama il disposto dell'art. 2399 e pone l'ulteriore incompatibilità con la carica di sindaco della società rispetto alla quale si esercita il controllo contabile e delle controllanti e controllate di questa, esplicitando la distinta valutazione che il legislatore opera fra i rapporti di collaborazione professionale ed i rapporti riconducibili ad una funzione organica svolta nell'ambito dell'organizzazione sociale e che costituisce una chiave di lettura essenziale dell'intero regime delle incompatibilità legali".

compromettere l'indipendenza e l'esercizio delle funzioni di controllo^{4 5}; bensì discende dalla necessità

- di tenere distinti i due ruoli di controllo, al di fuori dei casi previsti dall'art. 2409 bis, comma 3 del cod. civ.;
- di garantire che ciascuno dei due controllori possa adempiere in maniera autonoma alle proprie funzioni;
- di assicurare che non si realizzino possibili conflitti di interesse fra i due controllori⁶, soprattutto in considerazione del fatto che al collegio sindacale è assegnato un ruolo centrale nel sistema dei controlli⁷ e che pertanto lo stesso è chiamato ad esprimersi su questioni che riguardano il soggetto incaricato del controllo contabile.

Pertanto, ancorché l'incarico di revisione possa essere inquadrato in linea teorica come un rapporto continuativo di prestazione d'opera retribuita, è evidente che l'esercizio dell'attività di controllo contabile non configura uno stato di soggezione del revisore nei confronti dell'amministratore, né una commistione di interessi reciproci ed interdipendenti tra amministratori e organo di controllo che risulterebbe pregiudizievole per il corretto funzionamento della società e che la previsione dell'art. 2399 tende ad evitare⁸

⁴ È stato osservato (BUSSOLETTI, *L'indipendenza del revisore nella revisione volontaria*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag. 877) che il rischio di menomazione dell'indipendenza può essere riscontrato solo nei casi in cui il rischio si ponga in misura differenziata, in ragione di una particolare posizione del revisore. *"In sostanza il revisore mette a rischio la propria indipendenza non già per il fatto di essere ricattabile se intervengono fatti patologici, bensì solo quando una particolare posizione che esso assuma lo esponga tipicamente al rischio di entrare in conflitto di interessi"*. Tale conflitto di interessi non sembra potersi riscontrare in capo al soggetto che eserciti contemporaneamente i controlli sull'amministrazione e sulla contabilità, in quanto tale soggetto non è "servo di due padroni" tra loro configgenti come, chi svolge le funzioni di controllo contabile su dei conti da lui stesso predisposti. La ricattabilità cui si è fatto riferimento per giustificare la separazione organica tra le funzioni di controllo contabile e di controllo sull'amministrazione non affonda le proprie radici nel conflitto di interesse quanto nel maggior costo comportato dalla perdita di due anziché di una posizione. (MAGGIOLINO, *Op. cit.*, pag. 526)

⁵ Le minacce all'indipendenza reale e/o percepita del revisore sono costituite dall' **interesse personale** (il revisore vanta un interesse finanziario nella società oggetto di controllo, oppure il suo reddito è decisamente condizionato dai corrispettivi versati dalla società per servizi resi di revisione e non), dall'**auto riesame** (il revisore in precedenza ha partecipato a decisioni che sarebbero dovute essere di competenza esclusiva della società i cui conti formano oggetto del controllo e si trova a verificare in sede di revisione dati o elementi contabili che lo stesso ha contribuito ad elaborare), dalla **familiarità** (il revisore diventi troppo sensibile agli interessi della società da omettere le dovute verifiche) e dall'**intimidazione** (quando la minaccia di non vedersi riconfermato l'incarico o di vederselo revocato, oppure i pericoli di un'azione legale avversa possono dissuadere il revisore dall'agire in modo obiettivo e imparziale) Cfr. FEE, *The conceptual approach to protecting auditor independence*, Position paper, 2001 e COMMISSIONE EUROPEA, Raccomandazione della Commissione Europea del 16 maggio 2002, "L'indipendenza dei revisori legali dei conti nell'UE: un insieme di principi fondamentali".

⁶ DE ANGELIS, *L'esercizio del controllo sulle società di capitali: controllo contabile e controllo legale dei conti. Autoregolamentazione convenzionale ed evoluzione della disciplina legale*, in *Riv. Soc.*, 1997, p. 127.

⁷ Al collegio sindacale è attribuito un ruolo di regia dei controlli, come testimoniano i flussi informativi che lo pongono in relazione non solo con il revisore contabile, ma anche con gli organi di controllo delle società controllate e con gli amministratori della società.

⁸ Così BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, voce *Enc. Dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, pag. 295 ss. Nello stesso senso D'ALCONTRES, *Parere in ordine alle cause di incompatibilità e di ineleggibilità per l'esercizio del controllo contabile*, reso al CNDC giugno 2005.

È bene ricordare che anche in presenza di altri rapporti che possono essere inquadrati fra i rapporti continuativi di prestazione d'opera retribuita, si è esclusa la ricorrenza delle cause di ineleggibilità e decadenza di cui all'art. 2399 cod. civ. a tal proposito giova ricordare che si è esclusa l'ineleggibilità del sindaco della capogruppo nel collegio sindacale della società controllata⁹.

Infine, si deve richiamare l'attenzione sul fatto che la carica di revisore risulta incompatibile con l'ufficio di sindaco, solo qualora le due cariche siano assunte contemporaneamente. Infatti la mancata previsione di un periodo di *cooling off*, sia nell'ambito dell'art. 2399, sia nell'art. 2409 *quinquies*, consente che un soggetto possa essere nominato revisore contabile della società non appena smetta i panni di sindaco (senza controllo contabile) e, allo stesso modo, che la persona che abbia cessato l'incarico di revisore possa assumere successivamente la carica di sindaco.

Prima di passare alla trattazione del secondo quesito proposto pare opportuno soffermarsi brevemente sulla disciplina delle ipotesi di ineleggibilità e decadenza dettate dall'art. 2399, comma 1, lett. c) dettate per i sindaci ed estese dall'art. 2409 *quinquies* anche ai soggetti incaricati del controllo contabile.

L'approccio seguito dal legislatore italiano è stato quello di individuare una serie di situazioni in cui si presume che l'indipendenza del sindaco/revisore subisca un pregiudizio tale da renderlo inidoneo all'esercizio delle funzioni di controllo e di inserire una clausola generale (che chiude la lettera c dell'art. 2399) che consente di individuare ulteriori ipotesi in cui l'indipendenza del revisore può essere compromessa.

Mentre la prima parte della lettera c), comma 1 dell'art. 2399 individua delle presunzioni *juris et de jure*, che non richiedono alcuna valutazione discrezionale e al verificarsi delle quali opera *ope legis* la decadenza dall'incarico di sindaco/revisore, la clausola generale impone nelle altre ipotesi di valutare caso per caso e dimostrare che nei fatti si è prodotto un effettivo pregiudizio dell'indipendenza¹⁰.

In particolare, possono ritenersi incompatibili ai sensi della prima parte della lettera c), comma 1 dell'art. 2399 del cod. civ.:

- I rapporti di lavoro dipendente¹¹;

⁹ RIGOTTI, *op. cit.*, p. 119, in merito alla compatibilità dell'incarico di sindaco nelle altre società del gruppo è stato osservato che gli ulteriori incarichi di sindaco nelle società del gruppo non rappresentano per il sindaco un interesse contrastante con i suoi doveri di controllo e non lo rendono subalterno degli amministratori e della società che è chiamato a controllare. Ciò si deve al fatto che l'ordinamento assicura una posizione di autonomia dei sindaci rispetto all'amministrazione della società e agli altri interessi, anche personali, che possano porsi in contrasto con i loro doveri di controllo. Il fatto che l'indipendenza è richiesta dall'ordinamento sotto il profilo formale e tutelata sotto il profilo sostanziale, fa sì che la circostanza che un soggetto assuma la funzione di membro dell'organo di controllo non sia di per se lesiva della sua indipendenza nei confronti della società che è chiamato a controllare. L'autore ritiene che anche qualora la carica di revisore e sindaco siano ricoperte dal medesimo soggetto non si realizzi alcuna alterazione dell'indipendenza.

¹⁰ PROVVIDENTI, *Commento all'art. 2399*, in *Commentario* LO CASCIO, 2003, p. 238; MAGGIOLINO, *Op. cit.*, pag. 533; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *circolare informativa n. 10 del 13 marzo 2008*.

¹¹ COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, p. 9, disponibile su www.notarlex.it; AMBROSINI, *Commento all'art. 2399*, in *Commentario* COTTINO, 2004, p. 873.

- I rapporti continuativi di prestazione d'opera e di consulenza, la cui natura continuativa sia deducibile dall'esistenza di un vincolo giuridico fra la società ed il soggetto incaricato del controllo contabile¹².

Mentre devono ritenersi incompatibili ai sensi della seconda parte della lettera c), comma 1 dell'art. 2399 del cod. civ.:

- i rapporti continuativi di prestazione d'opera e di consulenza, il cui rapporto continuativo sia apprezzabile in termini di mera consuetudine;
- gli altri rapporti di natura patrimoniale, di lavoro e non, tali da pregiudicare nei fatti l'indipendenza del revisore.

Pertanto, non possano pregiudicare l'indipendenza del sindaco/revisore né i rapporti di lavoro autonomo occasionale¹³, né i rapporti di lavoro prestati in una materia che per contenuto non interferisce con l'oggetto del controllo contabile, né ancora quei rapporti di lavoro autonomo di ridotto controvalore economico¹⁴.

La soluzione del secondo quesito posto (come si riflettono le disposizioni sull'incompatibilità dettate dall'art. 2409 quinquies nei confronti dei soggetti appartenenti alla "rete" della società di revisione), impone di chiarire preliminarmente che le cause di ineleggibilità e decadenza per l'incaricato del controllo contabile, sono dettate espressamente con riferimento al revisore persona fisica, ovvero in presenza di società di revisione, ai soci della società di revisione ed ai soggetti incaricati della revisione. In tal modo si avrà certamente una situazione di incompatibilità per il sindaco che sia socio (ovvero che sia incaricato della revisione) della società di revisione incaricata del controllo contabile della società o di altre società del gruppo; ma null'altro esprime espressamente la norma nelle ipotesi in cui il sindaco sia legato da altri rapporti con il revisore contabile o con la società di revisione, ovvero con soggetti appartenenti alla "rete" del revisore contabile/società di revisione.

È bene evidenziare che allo stato attuale, ancorché il concetto di rete¹⁵ sia stato definito a livello comunitario¹⁶, non trovano ancora una specifica disciplina legislativa e

¹² DOMENICHINI, *Il collegio sindacale*, in *Trattato* RESCIGNO, 1985, p. 542; CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato* COLOMBO-PORTALE, 1988, pag. 27; MATERA, Ineleggibilità e decadenza dei sindaci con riferimento alla disciplina dei gruppi di società, in *Contratto e Impresa*, 1991, pag. 1036; SASSO, A proposito dell'indipendenza del sindaco, in *Giur. Comm.*, I, 1999, pag. 232. Contra: TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Commentario* SCHLESINGER, 1992, p. 39; SALAFIA, *La prestazione d'opera continuativa e retribuita dei sindaci*, in *Società*, 1991, pag. 881.

¹³ D'ANGELO, *La sospensione dal registro dei revisori per potenziale mancanza di indipendenza*, in *Società*, 1999, pag. 154; SALAFIA, *Il regolamento per i revisori dei conti*, in *Società*, 1998, pag. 750; ARISTEIA, *Il sistema dei controlli nella riforma del diritto societario. I modelli alternativi di controllo interno*, doc. 16, pag. 14.

¹⁴ SQUILLANTE, *Il controllo contabile e la certificazione dei bilanci delle società quotate in borsa*, Milano, 1981, pag. 64; CUSA, *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale*, Trento, 1997, pag. 90; AMBROSINI, *L'amministrazione ed i controlli nelle società per azioni*, in *Giur. Comm.*, I, 2003, pag. 319; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, circolare n. 1 del 25 gennaio 2005.

¹⁵ La difficoltà di definire il concetto di rete è stata rilevata da FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da ABADESSA-PORTALE, vol. 3, pag. 100.

¹⁶ L'art. 2, n. 7) della Direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati - riprendendo quanto già previsto dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 16 maggio 2002, "*L'indipendenza dei revisori legali dei conti nell'UE: un insieme di principi fondamentali*" - definisce la «rete» (network) come la struttura più ampia:

regolamentare¹⁷ rapporti intrattenuti dal sindaco/revisore con un'entità appartenente alla rete della società di revisione¹⁸.

L'appartenenza ad una rete non può implicare di per sé una causa di ineleggibilità o decadenza¹⁹. La valutazione della sussistenza dell'ipotesi di incompatibilità dovrà essere effettuata caso per caso, facendo riferimento alle disposizioni dell'art. 2399, comma 1, lettera c), cod. civ.²⁰. Ne consegue che potrebbe sorgere incompatibilità tutte le volte in cui la relazione intrattenuta dal sindaco con la società di revisione o con un'entità appartenente alla "rete" del revisore (sia esso una società o una persona fisica) dia luogo ad un

- rapporto continuativo di prestazione d'opera retribuita del sindaco con la società (o con altre società del gruppo),
- o, ad un rapporto di natura patrimoniale in grado di compromettere l'indipendenza del sindaco.

Come evidenziato dalla dottrina²¹, l'appartenenza alla rete della società di revisione (ovvero l'associazione con un altro professionista che versi in una situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 2409 *quinquies*) potrebbe dar luogo ad un rapporto patrimoniale indiretto del sindaco con la società che conferisce l'incarico. L'art. 2399 cod. civ., infatti, considera pregiudizievoli per l'indipendenza solo i rapporti patrimoniali riconosciuti direttamente in capo al soggetto che si intende nominare sindaco o revisore, e non i rapporti imputabili ai terzi. Pertanto, in presenza di una rete (ovvero di un'associazione professionale) potrebbe profilarsi l'ineleggibilità del sindaco facente parte della rete della società di revisione, solo qualora il sindaco partecipi ai proventi dell'entità facente parte della rete della società di revisione derivanti da un'attività di consulenza a favore della società soggetta a controllo (in proposito si rinvia a quanto espresso nella circolare informativa n. 10 del 13 marzo 2008).

-
- che è finalizzata alla cooperazione e alla quale appartengono un revisore legale o un'impresa di revisione contabile, e
 - che persegue chiaramente la condivisione degli utili e dei costi o fa capo a una proprietà, un controllo o una direzione comuni e condivide prassi e procedure comuni di controllo della qualità, la stessa strategia aziendale, uno stesso nome o una parte rilevante delle risorse professionali.

¹⁷ Per le società quotate nei mercati regolamentati l'art. 160, comma 1 bis, del D.Lgs. 58/1998 demanda ad un apposito regolamento della CONSOB il compito di:

- individuare i criteri per stabilire l'appartenenza di un'entità alla rete di una società di revisione;
- determinare le caratteristiche degli incarichi e dei rapporti che possono compromettere l'indipendenza della società di revisione;
- stabilire le forme di pubblicità dei compensi che la società di revisione e le entità appartenenti alla sua rete hanno percepito, distintamente, per incarichi di revisione e per la prestazione di altri servizi, indicati per tipo o categoria.

¹⁸ È stato osservato che le problematiche connesse alla partecipazione alla rete dovrebbero formare oggetto di una regolamentazione ad hoc e che l'esclusione della società di revisione in quanto tale nell'ambito di applicazione dell'art. 2409 *quinquies* priva di riscontro normativo diretto la possibilità di limitare gli effetti dell'appartenenza di una società di revisione ad un network. Cfr MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 521

¹⁹ MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 538.

²⁰ MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 538; RIGOTTI, *op. cit.*, pag. 123; FORTUNATO, *Commento all'art. 2409 quinquies*, in *Commentario NICCOLINI-D'ALCONTRES*, 2004, pag. 838.

²¹ MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 538; RIGOTTI, *op. cit.*, pag. 123; FORTUNATO, *Commento all'art. 2409 quinquies*, in *Commentario NICCOLINI-D'ALCONTRES*, 2004, pag. 838

I temi affrontati nel quesito data loro delicatezza e rilevanza saranno ripresi ed affrontati puntualmente nei principi di revisione e nelle nuove norme di comportamento degli organi di controllo legale delle società in corso di elaborazione da parte di un'apposita Commissione di studio di questo Consiglio Nazionale.

Con i migliori saluti.

IL DIRIGENTE
Francesca Maione

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Maione', written in a cursive style.