C.N.D.C.E.C.
PROT. 8096 DEL 01-08-2008
TIPO: PARTENZA

**CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI**

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Il Presidente

CS/ME

Roma, 30 luglio 2008
Informativa 45/08

**Ai Signori Presidenti dei Consigli degli
Ordini dei Dottori Commercialisti e
degli Esperti contabili**

Loro sedi

Oggetto: comunicazione Consob n. 8067632 del 17 luglio relativa alla valutazione delle situazioni di incompatibilità dei componenti degli organi di controllo ai sensi dell'art. 148, comma 3, lett. c) del TUF

Caro Presidente,

Ti trasmetto copia della comunicazione Consob n. 8067632 del 17 luglio 2008, avente ad oggetto la valutazione delle situazioni di incompatibilità dei componenti degli organi di controllo ai sensi dell'art. 148, comma 3, lett. c) del TUF e copia del documento recante gli "Esiti della consultazione" nel quale si sintetizzano le osservazioni ricevute a seguito della pubblicazione del documento di consultazione del 13 febbraio 2008, nonché i motivi che hanno indotto la Consob a recepire le osservazioni formulate, ovvero a non prenderle in considerazione. Ti ricordo che il Consiglio Nazionale era intervenuto sulla questione trasmettendo alla Consob le proprie osservazioni (vedi la circolare informativa n. 10 del 13 marzo 2008).

Oltre alle indicazioni contenute nella comunicazione in oggetto, appare assai utile l'esame del documento "Esiti della consultazione", nel quale la Consob chiarisce, come auspicato dal Consiglio Nazionale, che *"non è il dato formale della presenza di un'attività cooperativa ad essere decisivo al fine di stabilire se il rapporto associativo comprometta o meno l'indipendenza del singolo membro ma che è necessario un esame caso per caso"* e che l'obiettivo della comunicazione è quello di *"fornire un'interpretazione delle situazioni di minaccia all'indipendenza in presenza di rapporti di natura professionale fra il componente dell'organo di controllo e altri soggetti indicati nella norma".*

Nel suddetto documento la Consob ha altresì chiarito che le indicazioni fornite nella comunicazione servono per valutare i casi in cui vi sia una stabilità e continuità di rapporto tra amministratore e componente dell'organo di controllo di un emittente quotato tale da ritenere plausibile una minaccia all'indipendenza, e non per valutare le cause di indipendenza connesse all'esistenza di

Piazza della Repubblica, 59 – 00185 Roma – Tel. +39 06478631 – Fax +39 0647863349

rapporti associativi tra il sindaco ed il consulente della società (ipotesi presa in considerazione nelle osservazioni formulate dal CNDCEC).

La Consob, infine, negli "Esiti della consultazione" ha chiarito di non condividere le osservazioni pervenute (anche da questo Consiglio) in merito all'opportunità di introdurre "soglie di rilevanza quantitativa", evidenziando che *"al di là di considerazioni attinenti l'arbitrarietà di qualunque parametro quantitativo scelto nell'attribuire rilevanza ad una situazione di condivisione degli utili per verificare l'esistenza di una minaccia all'indipendenza del sindaco, è opportuno notare quanto segue. Presupposto di tutte le ipotesi indicate nel documento di consultazione è che vi sia un rapporto di esclusività della prestazione dell'attività professionale nell'ambito dell'associazione professionale; in tali situazioni la suddivisione degli utili tra associati comporta che maggiore è lo sviluppo professionale dei singoli associati (su cui incide anche la reputazione di ciascuno di essi), migliori sono le prospettive per l'associazione e per i suoi membri. Si ritiene, dunque, che unito ad altri elementi, indici dell'esistenza di una relazione professionale stabile e continuativa, l'appartenenza del sindaco ad un'associazione professionale caratterizzata anche dalla condivisione degli utili realizzati* (ndr. derivanti dall'associazione professionale fra amministratore e componente dell'organo di controllo di un emittente quotato) *comporti una minaccia significativa all'indipendenza del sindaco, a prescindere da dati quantitativi inevitabilmente relativi al passato"*.

Ti saluto con viva cordialità

Claudio Siciliotti

Comunicazione n. DEM/DCL/DSG/8067632 del 17-7-2008

Oggetto: **Situazioni di incompatibilità dei componenti degli organi di controllo ai sensi dell'art. 148, comma 3, lett. c) del TUF**

Premessa

L'art. 148, comma 3, del TUF, nella versione innovata dalla Legge sul Risparmio, prevede alla lettera c), quale causa di incompatibilità per la nomina a componente dell'organo di controllo di un emittente, la sussistenza con vari soggetti [la società o le società da questa controllate o le società che la controllano o quelle sottoposte a comune controllo ovvero gli amministratori della società e i soggetti di cui alla lettera b) della medesima norma] di rapporti di lavoro autonomo o subordinato ovvero "*di altri rapporti di natura*" patrimoniale o "*professionale che ne compromettano l'indipendenza*".

La medesima incompatibilità è applicabile ai membri del Consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione per effetto del richiamo al comma 3 dell'art. 148 del TUF, contenuto nei successivi commi 4-*bis* e 4-*ter*.

In considerazione della novità della norma e dell'attribuzione alla Consob *ex* art. 148, comma 4-*quater* di compiti di vigilanza in merito alla sussistenza di tale incompatibilità, si rende necessario fornire, con la presente comunicazione, elementi utili per comprendere quali relazioni possano rientrare tra gli "*altri rapporti di natura professionale*", nonché dare indicazioni circa gli elementi da considerare per valutare se tali rapporti siano idonei a compromettere l'indipendenza dei componenti dell'organo di controllo.

La sussistenza di altri rapporti di natura "*professionale*" tra i membri dell'organo di controllo e i soggetti indicati nella norma (in particolare, gli amministratori) richiede infatti, per affermare l'incompatibilità, un'ulteriore verifica circa la compromissione dell'indipendenza, diversamente da quanto previsto per i rapporti di lavoro autonomo, rilevanti di per sé.

La nozione di "rapporti di natura professionale"

Il riferimento ai "*rapporti di natura professionale*" introdotto dalla Legge sul Risparmio nel dicembre 2005 presenta difficoltà interpretative dovute all'assenza nel nostro ordinamento di una definizione univoca di tali rapporti.

L'intervento operato dalla suddetta legge assegna ad "*altri*" rapporti di natura professionale una rilevanza autonoma rispetto a quelli di natura patrimoniale o di lavoro autonomo, già presenti nella norma.

Sono pertanto presi in considerazione rapporti che, pur avendo natura professionale, non sono necessariamente patrimoniali o caratterizzati dall'esistenza di un rapporto di "*lavoro*" o dallo svolgimento della professione a favore di una delle parti del rapporto. Possono corrispondere a tali caratteristiche casi nei quali sia configurabile una relazione tra i soggetti interessati che non risponda allo schema semplice prestatore/destinatario ma ad un diverso schema, quale, ad esempio, quello cooperativo.

La cooperazione nello svolgimento della professione, nelle diverse forme in cui è prospettabile, costituisce quindi un "*altro*" rapporto di natura professionale suscettibile di essere valutato ai sensi della norma in esame per verificare se incida sull'indipendenza del componente dell'organo di controllo. In altri termini, possono considerarsi "*di natura professionale*" anche rapporti di cooperazione fra professionisti: in tale accezione, la qualificazione "*di natura professionale*" fa riferimento, piuttosto che alla prestazione della professione a favore di qualcun altro, all'attinenza del rapporto allo svolgimento della professione.

La forma di cooperazione fra professionisti più comunemente usata è quella

dell'associazione. Sono però configurabili altre forme di cooperazione (ad esempio uno svolgimento continuativo in comune di incarichi professionali da parte di soggetti che rimangano formalmente titolari di studi autonomi); esistono inoltre diverse forme di associazione professionale, che vanno dalla semplice comunanza di mezzi strumentali all'esercizio dell'attività a forme strutturate attraverso meccanismi gerarchici e di ripartizione del lavoro e dei proventi.

Si ritiene che la norma dia rilievo ad ogni tipo di cooperazione nell'esercizio della professione, lasciando alla successiva valutazione circa l'idoneità a compromettere l'indipendenza del componente dell'organo di controllo eventuali distinzioni tra le diverse forme.

Elementi utili per la valutazione sulla compromissione dell'indipendenza

La sussistenza di "*altri rapporti di natura professionale*" tra un componente dell'organo di controllo di una società quotata e un altro soggetto, in particolare un amministratore, è, come visto, ritenuta dal legislatore causa di incompatibilità per il suddetto componente soltanto se detti rapporti compromettono l'indipendenza del soggetto investito di tali funzioni.

Con particolare riferimento all'associazione professionale, considerata l'esistenza di più modelli di associazione, non è il dato formale della sua presenza ad essere decisivo al fine di stabilire se il rapporto comprometta l'indipendenza del singolo membro nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite; non si può in proposito prescindere da un esame caso per caso, anche se è possibile individuare indici oggettivi in presenza dei quali una tale minaccia può considerarsi sussistente.

In linea generale, si può affermare che sussiste un "*rapporto di natura professionale*" tra amministratore e componente dell'organo di controllo in grado di compromettere l'indipendenza del secondo ai fini dell'art. 148, comma 3, lett. c) del TUF in tutti i casi in cui il rapporto determini un abituale svolgimento in comune della professione o, comunque, una stabile influenza dell'uno sull'altro nello svolgimento dell'attività professionale.

Nel particolare caso dell'appartenenza ad una associazione professionale assumono pertanto rilievo associazioni strutturate in modo da dar luogo ad una stabile e continuativa relazione professionale. Allo stato attuale, possono individuarsi almeno quattro ipotesi in cui una situazione del genere si verifica e che, singolarmente prese, danno luogo ad una compromissione dell'indipendenza, ferma restando la possibilità di configurare altre ipotesi di minaccia di quest'ultima in relazione agli eventuali sviluppi della prassi operativa dell'attività professionale.

Prima ipotesi è quella di un'associazione che preveda l'affidamento degli incarichi professionali non a singoli ma ad un'entità collettiva, con successiva ripartizione interna del lavoro secondo criteri organizzativi prestabiliti. Tale ipotesi, tendenzialmente estranea al caso delle professioni per le quali norme di legge richiedano la natura individuale dell'incarico, renderebbe la relazione professionale tra i componenti dell'associazione sostanzialmente inestricabile, diventando difficile distinguere a chi facciano capo i diversi incarichi.

Seconda ipotesi è quella in cui vi sia soltanto la spendita di un nome collettivo, di solito comprensivo dei nomi di tutti i soci, fermo restando che gli specifici incarichi vengono conferiti ai singoli professionisti appartenenti all'associazione. In tali casi, la compromissione dell'indipendenza del socio/componente dell'organo di controllo di una quotata potrebbe comunque aversi qualora alla spendita del nome collettivo sia unita anche un'organizzazione del lavoro all'interno dell'associazione che, prescindendo dall'individualità degli incarichi, comporti una trattazione in comune degli stessi, secondo ripartizioni, ad esempio, "per materia". In tal caso si riproporrebbe, nonostante l'individualità formale degli incarichi, la situazione della prima ipotesi sopra formulata.

Un terzo caso in cui appare configurabile la compromissione è quello dell'esistenza, all'interno dell'associazione, di un rapporto di natura gerarchica tra amministratore e membro dell'organo di controllo, nel senso che il primo assume o contribuisce ad assumere decisioni in grado di incidere sulle prospettive di avanzamento del secondo ovvero sulla sua esclusione dall'associazione. Tale situazione determina un *metus* reverenziale che appare, fra l'altro, difficilmente superabile da eventuali vincoli che il socio/amministratore si autoimponga. Un qualche rilievo potrebbero, invece, avere limiti che comportino una sua completa astensione da decisioni che possano riguardare la carriera del componente dell'organo di controllo, se imposti dalla medesima fonte (ad esempio lo statuto dell'associazione) che istituisce il rapporto gerarchico.

Quarta ipotesi di stabilità e continuità della collaborazione professionale è quella di un rapporto associativo con condivisione degli utili provenienti dall'attività professionale di ciascuno degli associati. In questo caso, pur non essendo necessariamente presente uno svolgimento comune o l'affidamento ad un'organizzazione comune dell'attività professionale, vi è una suddivisione del suo ricavato, che ne costituisce, dal punto di vista del professionista, il principale frutto. In sostanza, il corrispettivo che ciascuno degli associati percepisce per la

propria attività va a remunerare anche gli altri associati, con la conseguenza che ciascuno di essi ha un interesse concreto all'ampliamento delle capacità attrattive di clientela dell'altro. Una tale relazione ben potrebbe compromettere l'indipendenza di giudizio del membro dell'organo controllante nei confronti dell'amministratore controllato socio della medesima associazione.

Le suddette situazioni assumono rilievo, in particolare, se le associazioni professionali sono caratterizzate dalla presenza di clausole di sostanziale esclusività e, dunque, riguardino tendenzialmente l'intera attività professionale dei soggetti coinvolti e non aspetti marginali della stessa. Si ha una tale ipotesi, ad esempio, nei casi in cui: (i) gli statuti escludano la possibilità per i soci di prestare attività in proprio o presso altri studi professionali, o (ii) confluiscano nel reddito globale dell'associazione anche i compensi eventualmente percepiti dai soci in ragione di incarichi collegabili alla rispettiva attività professionale.

Inoltre, gli indici sopra rappresentati sono presi in considerazione in quanto danno luogo a legami in grado di compromettere l'indipendenza del componente dell'organo di controllo a prescindere dalla loro significatività di tipo quantitativo.

A ciò si deve aggiungere che, con riferimento alla quarta ipotesi, tra i vari componenti di un'associazione professionale il cui statuto preveda, tra l'altro, la suddivisione degli utili dell'attività professionale dagli stessi svolta, è ravvisabile anche un rapporto "*di natura patrimoniale*", per la semplice considerazione che il reddito di ciascun partecipante all'associazione deriva, anche, dal ricavato dell'attività svolta da ciascuno degli altri.

A tal proposito si sottolinea che, avendo il legislatore attribuito autonomo rilievo alle due categorie dei rapporti di natura patrimoniale e di natura professionale come cause distinte di incompatibilità dei componenti dell'organo di controllo, qualora il rapporto tra questi ultimi soggetti e un amministratore sia già compreso tra quelli di "*natura professionale*" idonei a comprometterne l'indipendenza, non è formalmente necessaria (anche se può confermare eventuali conclusioni sull'esistenza di situazioni di incompatibilità per i soggetti interessati) un'ulteriore indagine sull'esistenza di altre cause di incompatibilità e, conseguentemente, sull'eventuale rilevanza dello stesso rapporto come avente, altresì, "*natura patrimoniale*".

IL PRESIDENTE
Lamberto Cardia

© All rights reserved - Consob - Risoluzione 800x600

CONSOB

COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETA' E LA BORSA

Comunicazione relativa alle situazioni di incompatibilità dei componenti degli organi di controllo degli emittenti ai sensi dell'art. 148, comma 3, lett. c), del TUF

Esito delle consultazioni

17 luglio 2008

Premessa

In data 13 febbraio 2008 la Consob ha pubblicato un documento di consultazione relativo ad una comunicazione in merito all'interpretazione dell'articolo 148, comma 3, lett. c), del D.Lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (di seguito TUF) che, nella versione innovata dalla legge n. 262 del 28 dicembre 2005 (di seguito Legge sul Risparmio) prevede, quale causa di incompatibilità per la carica di componente dell'organo di controllo di un emittente quotato, la sussistenza con vari soggetti [la società stessa o le società da questa controllate o le società che la controllano o quelle sottoposte a comune controllo ovvero gli amministratori della società e i soggetti di cui alla lettera b) della medesima norma] di rapporti di lavoro autonomo o subordinato ovvero "*di altri rapporti di natura patrimoniale o professionale che ne compromettano l'indipendenza*".

In particolare, con la comunicazione oggetto di consultazione la Consob ha ritenuto necessario fornire elementi utili per comprendere quali relazioni possano rientrare tra gli "*altri rapporti di natura professionale*", nonché indicazioni circa gli elementi da considerare per valutare l'idoneità di tali rapporti a compromettere l'indipendenza dei componenti dell'organo di controllo.

Con riferimento al suddetto documento di consultazione sono pervenute le osservazioni dell'Associazione Bancaria Italiana ("ABI"), del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili ("CNDC") e della FIBA CISL.

I soggetti partecipanti alla consultazione hanno formulato, oltre ad osservazioni, esposte nel successivo paragrafo, in merito alle specifiche proposte contenute nel documento di consultazione relativamente ai rapporti di natura professionale tra sindaco e amministratore, alcune richieste di intervento su questioni diverse da quella trattata e osservazioni sulla metodologia seguita. Sono, infatti, pervenute osservazioni in merito ad altre situazioni di incompatibilità previste dalla norma relative ai rapporti di natura patrimoniale o ai rapporti di parentela e di affinità.

In particolare, il CNDC ha osservato che l'ampia formulazione della categoria residuale "*altri rapporti di natura patrimoniale*" induce a ritenere che il rapporto patrimoniale con la società nominante possa rilevare anche quando si tratti di un rapporto indiretto e che quindi l'appartenenza del sindaco e del consulente di una società alla medesima associazione professionale possa costituire una situazione da considerare per la successiva valutazione dell'esistenza di una minaccia all'indipendenza. A tale scopo, secondo l'osservatore, occorre valutare il rapporto tra l'associato-consulente e l'associato-sindaco, considerando la posizione dei suddetti professionisti nella società professionale.

L'ABI ha, invece, auspicato che la Consob fornisca indicazioni anche su altre ipotesi di incompatibilità previste dall'art. 148, comma 3, del TUF (in particolare, quelle di cui alla lett. b)), che contempla, tra gli altri, i rapporti di "*parentela e affinità entro il quarto grado*" tra il sindaco e l'amministratore della società, di sue controllate, della controllante o di società sottoposte a comune controllo.

Anche la FIBA-CISL ha evidenziato l'opportunità di ottenere chiarimenti su altre ipotesi di incompatibilità, in particolare quelle relative agli altri rapporti di natura patrimoniale. Con riferimento a tali rapporti, il sindacato ha osservato che occorre considerare tutte le ipotesi in cui il componente dell'organo di controllo e l'amministratore siano legati da un rapporto associativo, quale ad esempio la partecipazione ad una medesima società, anche di persone, ovvero ad una stessa cooperativa o ad uno stesso consorzio. A giudizio della FIBA-CISL gli "*altri rapporti di natura patrimoniale*" dovrebbero includere tutti i casi in cui un sindaco e un amministratore siano legati tra loro da un contratto "*con comunione di scopo*". Un chiarimento interpretativo da parte della Consob consentirebbe di definire le "*possibili cointeressenze partecipative*", eliminando le incertezze.

Inoltre, alcuni osservatori hanno avanzato dubbi sulla compatibilità dell'approccio seguito dalla Commissione con le disposizioni dell'art. 148, comma 3, lett. c), del TUF che non si limiterebbero a richiedere che un dato rapporto sia potenzialmente idoneo, in astratto, a compromettere l'indipendenza, bensì richiederebbero la verifica, caso per caso, della sua compromissione in concreto.

Al riguardo, si sottolinea che l'obiettivo della comunicazione è fornire un'interpretazione delle situazioni di minaccia all'indipendenza in presenza di rapporti di natura professionale fra il componente dell'organo di controllo e altri soggetti indicati nella norma. Ovviamente sarà possibile tornare in futuro su alcune delle ulteriori questioni sollevate dai soggetti consultati.

Per comprendere la metodologia seguita, è utile inoltre ricordare che la consultazione riguarda l'interpretazione di una norma che non investe la Consob del potere regolamentare di darvi attuazione, ma implica semplicemente che la Consob la interpreti al fine di esercitare i poteri di vigilanza attribuitele dall'art. 148, comma 4-*quater*, del TUF in merito alla sussistenza di situazioni di incompatibilità.

Su queste basi, la Commissione ha rilevato l'opportunità di avviare una consultazione relativa ai soli profili interpretativi già emersi in casi concreti come particolarmente problematici. In particolare, l'attenzione è stata concentrata sull'interpretazione della locuzione "*altri rapporti di natura professionale*" le cui difficoltà interpretative sono dovute, fra l'altro, all'assenza nel nostro ordinamento di una definizione univoca di tali rapporti. Ancora più specificamente, ci si è concentrati sulla riconducibilità alla predetta locuzione dei rapporti di cooperazione fra professionisti ed, in particolare, del fenomeno associativo che, soprattutto per la molteplicità delle forme e dei modelli in cui si realizza, presenta profili controversi anche in altri settori dell'ordinamento.

Ritenuto che la norma in esame dia astrattamente rilievo ad ogni tipo di cooperazione nell'esercizio della professione, nella comunicazione oggetto di consultazione si è affermato, poi, che non è il dato formale della presenza di un'attività cooperativa ad essere decisivo al fine di stabilire se il rapporto associativo comprometta o meno l'indipendenza del singolo membro ma che è necessario un esame caso per caso.

Pur con questa consapevolezza, la Commissione ha ritenuto possibile individuare indici oggettivi, concernenti, in primo luogo, il contenuto dei vincoli associativi, in presenza dei quali possa considerarsi sussistente la minaccia all'indipendenza di cui all'articolo in esame. Tale operazione è stata compiuta nel chiaro intento di agevolare i destinatari della norma ponendoli nella condizione di conoscere preventivamente alcune delle situazioni in presenza delle quali la Consob potrebbe ritenere compromessa l'indipendenza e, dunque, dichiarare, dopo aver rappresentato la propria posizione all'emittente ed aver ricevuto eventuali repliche, la decadenza del componente dell'organo di controllo.

La preventiva individuazione dei suddetti indici oggettivi non tradisce, quindi, la lettera della norma che attribuisce rilievo a determinati rapporti solo se compromettano effettivamente l'indipendenza, ma consente agli emittenti di conoscere le linee guida che la Consob seguirà nell'attuazione della norma.

D'altra parte, è evidente che la valutazione circa l'effettiva compromissione dell'indipendenza non possa che fermarsi a considerazioni di natura probabilistica/previsionale; se così non fosse la norma diverrebbe sostanzialmente inapplicabile. Infatti, essendo l'indipendenza uno stato essenzialmente soggettivo (come, peraltro, affermato, dallo stesso CNDC), è difficile stabilire con certezza se un soggetto agisca effettivamente in modo indipendente, ma è solo possibile pervenire a valutazioni circa l'esistenza di oggettive condizioni che creino una dipendenza da altri soggetti. Ciò è ancor più vero se la valutazione, come nel caso di specie, va operata *ex ante*, vale a dire al momento in cui il componente dell'organo di controllo assume la carica, posto che in tale momento la compromissione dell'indipendenza non può ancora dirsi concretizzata.

Osservazioni sui rapporti di natura professionale e relative considerazioni

Osservazioni

Con riferimento al contenuto della Comunicazione oggetto del documento di consultazione – che, come detto, intende fornire elementi utili per comprendere quali relazioni possano rientrare tra gli "altri rapporti di natura professionale", nonché dare indicazioni circa gli elementi da considerare per valutare se tali rapporti siano idonei a compromettere l'indipendenza dei componenti dell'organo di controllo – sono pervenute le osservazioni di seguito elencate formulate dal CNDC e dall'ABI.

In particolare, con riferimento alla prima e alla seconda delle ipotesi individuate dalla Consob come esempi di situazioni in cui l'appartenenza alla medesima associazione professionale da parte dell'amministratore e del componente dell'organo di controllo è suscettibile di dare luogo ad una compromissione dell'indipendenza del secondo ([1]), il CNDC ha individuato l'"*obiettivo della previsione della Consob* [in] *quello di escludere che l'attività di consulenza possa essere imputata almeno formalmente al sindaco, ovvero possa essere di fatto svolta dal sindaco*".

Sulla base di tale premessa, l'osservatore ha ritenuto che la rilevanza e attualità di tali rischi possano essere escluse in considerazione dell'esistenza nell'ordinamento nazionale del "*principio di individualità della prestazione professionale*" e della attuale disciplina dettata in materia di società

[1] Si ricorda che tali prime ipotesi individuate nel documento di consultazione fanno riferimento, rispettivamente, ad una situazione di un'associazione che preveda l'affidamento degli incarichi professionali non a singoli ma ad un'entità collettiva, con successiva ripartizione interna del lavoro secondo criteri organizzativi prestabiliti e ad una situazione in cui vi sia solo la spendita di un nome collettivo ma con conferimento degli incarichi ai singoli professionisti appartenenti all'associazione con una organizzazione del lavoro all'interno dell'associazione che comporti una trattazione in comune degli incarichi.

fra professionisti. In particolare, sulla base di un orientamento giurisprudenziale, il CDNC ha osservato che "*nell'ambito di un'associazione professionale, il contratto d'opera professionale è concluso con il singolo professionista, che ne assume la responsabilità con autonomia rispetto all'associazione* [...] [e] *che deve svolgere l'incarico conferitogli* intuitu personae" ([2]); inoltre, il CDNC ha rilevato che lo stesso principio di responsabilità personale del professionista per l'incarico professionale assunto sia rinvenibile nella disciplina delle società fra professionisti ([3]).

Sono pervenute osservazioni da parte del CDNC anche con riferimento alla terza ipotesi individuata dalla Consob come situazione di possibile compromissione dell'indipendenza del componente dell'organo di controllo di una quotata in ragione dell'appartenenza alla medesima associazione professionale cui collabora anche un amministratore, in relazione all'esistenza di un rapporto di natura gerarchica tra i due tale che l'amministratore sia in grado di influenzare una possibile esclusione o anche solo le prospettive di avanzamento del sindaco nell'ambito dell'associazione professionale.

Pur condividendo la considerazione della Consob secondo la quale un rapporto di natura gerarchica tra amministratore e componente dell'organo di controllo all'interno dell'associazione professionale può generare situazioni di condizionamento, il CDNC ha osservato che "*il semplice metus reverenziale, giocando sul piano delle relazioni meramente interpersonali, esuli dalla fattispecie prefigurata dall'art. 2399 del Cod. Civ.*" ([4]).

Il CDNC ha, infine, fatto pervenire osservazioni anche con riferimento alla quarta ipotesi presentata dalla Consob nella comunicazione oggetto di consultazione: tale ipotesi afferisce a situazioni in cui l'indipendenza del componente dell'organo di controllo potrebbe essere compromessa dalla partecipazione a una associazione professionale cui appartiene anche l'amministratore, in ragione dell'esistenza di clausole di condivisione degli utili provenienti dall'attività professionale di ciascuno degli associati.

Con riferimento a tale situazione, il CNDC ha ritenuto di non condividere l'impostazione della Consob – che si porrebbe in contrasto con la normativa comunitaria e non troverebbe conferme in dottrina e giurisprudenza – sostenendo che non si possa prescindere da valutazioni di carattere quantitativo ([5]).

---

[2] Si fa riferimento a Cassazione 11 settembre 2000, n. 11922: "*in materia di professioni protette, caratterizzate dalla natura strettamente personale della prestazione offerta e fornita dal professionista, non è possibile presumere o ritenere che il mandato conferito dal cliente al singolo professionista si estenda a tutti i professionisti dello studio associato [...]*".

[3] Il D.L. n. 223 del 4 luglio 2006, articolo 2, comma 1, lett. c), prevede che "*la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria responsabilità*".

[4] In proposito viene citato un parere reso da C.ANGELICI, G. CAVALLI, M. LIBERTINI al CNDC.

[5] In particolare, la Commissione Europea, nella Raccomandazione del 16 maggio 2002 in materia di indipendenza dei revisori legali dei conti, ha sottolineato che "*un revisore legale, una società di revisione o una rete possono essere visti finanziariamente dipendenti da un singolo cliente o gruppo di clienti quando il totale dei corrispettivi, per servizi di revisione e non, che ricevono o prevedono di ricevere da quel cliente o gruppo di clienti oltrepassa una soglia critica dei loro ricavi totali*".
In merito all'indipendenza del sindaco o del revisore contabile, il CNDC ha emanato una circolare (la n.1 del 27 gennaio 2005), nella quale ha ritenuto legittima la coesistenza di prestazioni di sindaco/revisore e di consulente in capo al medesimo soggetto – individuale o associato – purché il totale complessivo dei ricavi nei confronti del singolo cliente non risultasse superiore ad una determinata "*soglia critica*". Secondo il CNDC, tale soglia critica deve considerarsi superata se il totale dei corrispettivi ricevuti da un singolo cliente, ovvero da più clienti appartenenti al medesimo gruppo, superi il 15% del totale complessivo dei ricavi dello studio professionale, individuale o associato.

Analoghe osservazioni, in relazione a tutte le ipotesi di compromissione dell'indipendenza individuate dalla Consob, sono pervenute dall'ABI: anche tale ente ha osservato che per la valutazione delle fattispecie in esame sarebbe opportuno introdurre soglie di rilevanza quantitativa: ciò "*permetterebbe di considerare rilevanti i soli rapporti che abbiano effettiva attitudine a compromettere l'indipendenza del componente dell'organo di controllo, e aiuterebbe i soggetti interessati a valutare con maggiore obiettività l'esistenza delle situazioni divisate dalla disciplina. In caso contrario, nelle fattispecie corrispondenti alle ipotesi di scuola formulate dalla Commissione, non risulterebbe in pratica applicabile il fondamentale criterio della valutazione caso per caso*".

Considerazioni

Con riferimento alle osservazioni pervenute, si rileva quanto segue.

Preliminarmente, con riguardo alle osservazioni pervenute dal CDNC, deve notarsi che esse fanno riferimento non tanto a situazioni di incompatibilità derivanti dal rapporto tra sindaco e amministratore che svolgano attività professionale nella medesima associazione ma dal rapporto che viene a crearsi qualora alla medesima associazione professionale partecipino un sindaco-revisore e il consulente di una società quotata.

L'incompatibilità derivante da un rapporto di collaborazione tra il sindaco e il consulente della società è stata ricavata in via interpretativa dalla previsione di cui all'articolo 2399 c.c. che, alla lettera c), considera incompatibile il sindaco che sia legato alla società "*da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o prestazione d'opera*" ([6]). In sostanza, posto che il

---

Il CNDC ha poi riportato le considerazioni espresse in un parere *pro veritate* in materia di ineleggibilità del sindaco e società fra professionisti, reso da C. ANGELICI, G. CAVALLI, M. LIBERTINI al CNDC. In particolare, in tale parere è stato osservato che al fine di valutare la sussistenza di ipotesi di incompatibilità in presenza di rapporti associativi con condivisione degli utili, "*sarà necessario un esame della concreta disciplina del rapporto, per evidenziare, sotto tutti i profili e guardando alle caratteristiche di ogni caso concreto, il livello di cointeressenza che si determina fra professionista/sindaco e professionista/consulente*". *In particolare, "in considerazione del fatto che in presenza di studi associati ciò che rileva è il rapporto associativo fra il sindaco e il consulente, [...] i profili di compromissione patrimoniale [devono] essere valutati verificando quale sia la quantità dei ricavi derivanti dalla collaborazione altrui destinata a rifluire nel patrimonio personale del sindaco in rapporto all'entità del compenso sindacale, tenendo presente la sua posizione nella compagine associativa. [...]*". Pertanto, "*l'indipendenza del controllore [viene] messa in pericolo tutte le volte in cui egli si possa attendere dal rapporto di consulenza del suo associato un ritorno economico personale superiore a quello che gli deriva dalla retribuzione sindacale*".
Infine, il CNDC ha riportato la posizione del Tribunale di Vicenza che, con sentenza del 17 giugno 2005, ha escluso "*la compromissione dell'indipendenza del sindaco nel caso in cui l'attività di consulenza prestata alla società da un professionista membro dello studio associato a cui partecipa anche il sindaco rilevava per meno della soglia del 15% rispetto al fatturato globale dello studio. Dunque non è il rapporto di consulenza del socio del sindaco in sé ad essere vietato, bensì è l'entità del beneficio economico che quel rapporto andrebbe a determinare nella sfera patrimoniale del sindaco a decretare l'ineleggibilità o la decadenza del sindaco*".

[6] Anche l'articolo 39, comma 2, lettera c), del D.P.R. 6 marzo 1998, n. 99 ("*Regolamento recante norme concernenti le modalità di esercizio della funzione di revisione contabile*") prevede che "*l'idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di controllo dei conti deve ritenersi gravemente compromessa se:*
[...] c) l'iscritto [al registro dei revisori contabili], l'amministratore, il direttore generale, il socio o i soggetti di cui l'iscritto si avvale per svolgere la sua attività, intrattengono con il soggetto che conferisce l'incarico, o con soggetti controllati, rapporti continuativi o rilevanti aventi ad oggetto prestazioni di consulenza o collaborazione, ovvero li abbiano intrattenuti nei due anni antecedenti al conferimento dell'incarico".

controllo che il sindaco è chiamato a svolgere sulla gestione e amministrazione della società comporterebbe anche un controllo sull'operato del consulente di cui essa si avvalga, un rapporto associativo del sindaco con tale consulente è stato considerato in alcuni casi equivalente ad un rapporto con la società, in quanto, comunque, suscettibile di minacciare l'indipendenza del revisore-sindaco.

Vi è una differenza di fondo tra l'ipotesi indicata dal CNDC e la norma che ha dato origine alla consultazione. Infatti, l'articolo del codice civile ha ad oggetto il rapporto di consulenza con la società ed è stato talvolta applicato estensivamente a casi in cui il sindaco sia associato a consulenti della società; l'articolo 148, comma 3, lett. c), del TUF prende direttamente in considerazione come causa di incompatibilità il rapporto di natura professionale che si instaura tra sindaco e amministratore.

In sostanza, considerare il rapporto professionale con un consulente equivalente ad un rapporto diretto con la società richiede maggiori elementi rispetto a quelli necessari per considerare rilevanti rapporti professionali tra sindaco e amministratore, direttamente indicati dalla legge come possibili casi di incompatibilità. Non può quindi condividersi l'identificazione del rapporto tra sindaco e consulente della società con quello tra sindaco e amministratore.

Vista la novità dell'ipotesi di incompatibilità dovuta al rapporto tra sindaco e amministratore prevista dall'articolo 148, comma 3, lett. c), del TUF si è ritenuto di poter trarre dall'esperienza applicativa sviluppata per il rapporto tra sindaco e consulente (a cui il documento trasmesso dal CNDC fa riferimento citando, ad esempio, alcune circolari del Ministero della Giustizia) unicamente indicazioni circa i casi in cui l'associazione cui lo stesso appartiene presenti, a prescindere dal dovuto rispetto della disciplina professionale sulla individualità degli incarichi, caratteristiche tali da configurare uno svolgimento in comune della professione ritenuto dalla Consob in grado di compromettere l'indipendenza del componente dell'organo di controllo della società.

Premesso quanto sopra, con riferimento ai commenti pervenuti dal CNDC relativamente alla prima ipotesi presa in considerazione dalla Consob al fine di individuare casi in cui vi sia una stabilità e continuità della collaborazione tra amministratore e componente dell'organo di controllo di un emittente quotato tale da ritenere plausibile una minaccia all'indipendenza, si osserva quanto segue.

Tale ipotesi fa riferimento a un'associazione che preveda l'affidamento degli incarichi non a singoli professionisti ma a un'entità collettiva, con successiva ripartizione interna del lavoro secondo criteri organizzativi prestabiliti.

I commenti pervenuti in merito alla prima ipotesi non tengono conto del fatto che essa, pur rappresentando un'ipotesi forse marginale, attiene a casi di appartenenza a società o associazioni tra soggetti svolgenti attività professionali di natura diversa dalle attività intellettuali o "liberali" cd. protette (quali quelle svolte, ad esempio, da avvocati o dottori commercialisti) per le quali la legge o le norme regolamentari dei relativi ordini professionali richiedono la natura individuale dell'incarico. Si tratta, dunque, di attività per i quali il principio di individualità dell'affidamento della prestazione professionale richiamato dal CNDC nelle proprie osservazioni non sia applicabile (ad esempio società di studi economici o di marketing).

Con riferimento alle osservazioni pervenute in merito alla seconda ipotesi si ritiene quanto segue.

Tale ipotesi disciplina il caso di una associazione professionale in cui, a fronte della spendita del nome collettivo della associazione (peraltro di solito comprensivo di quello di tutti i soci), vi sia

individualità formale dei singoli incarichi affidati. In tali tipi di associazione, l'organizzazione standardizzata vigente all'interno dell'associazione può comportare un ordinario svolgimento in comune degli incarichi affidati, con utilizzo delle competenze e dell'*expertise* dei singoli professionisti associati al fine di una migliore prestazione dell'associazione con prestigio e rendimento per tutti i partecipanti. Tale situazione di fatto ben potrebbe compromettere l'indipendenza del socio componente dell'organo di controllo dell'emittente.

Nell'ipotesi in questione, vi è poi (anche se non parrebbe da solo sufficiente a configurare la compromissione, in assenza della componente organizzativa sopra indicata) un possibile profilo di ordine reputazionale, nel senso che eventuali vicende negative di uno dei contitolari del nome collettivo (in ipotesi, amministratore della quotata), potrebbero ripercuotersi negativamente anche su un altro dei contitolari (in ipotesi, sindaco della medesima società quotata e, dunque, potenzialmente in grado di agire "contro" l'amministratore).

In ogni caso, pare opportuno rilevare che la Consob, nella Comunicazione oggetto del documento di consultazione, non ha inteso entrare sul piano degli effetti derivanti al professionista dall'affidamento di un incarico professionale in termini di diritto al pagamento del compenso pattuito o di responsabilità del professionista, che rimangono in capo all'incaricato; la Consob si è limitata a esaminare il piano degli effetti dell'organizzazione dell'associazione sull'indipendenza di giudizio del professionista nel controllo della gestione societaria operata da un altro associato.

Si conferma, pertanto, che la prima e la seconda, ipotesi di organizzazioni associative tra professionisti possono costituire ragionevoli indici presuntivi di situazioni di esistenza di un rapporto professionale suscettibile di costituire una minaccia all'indipendenza del componente dell'organo di controllo di una quotata.

Anche con riguardo alla terza ipotesi individuata come possibile indice di compromissione dell'indipendenza del sindaco non si ritiene di condividere l'osservazione sollevata dal CDNC.

In proposito, si osserva che la comunicazione oggetto di consultazione non si spinge a considerare sufficiente per ritenere esistente l'effettiva compromissione dell'indipendenza del sindaco la presenza nei rapporti con l'amministratore di un "*semplice metus reverenziale*". Si conferma, piuttosto, come esposto nel documento in consultazione, che una concreta minaccia all'indipendenza di giudizio del sindaco sembra sussistere in tutti quei casi in cui le regole di funzionamento dell'associazione rivelino l'esistenza nella organizzazione e nella struttura associativa di un rapporto di supremazia gerarchica tra amministratore e sindaco tale da incidere sulle prospettive di avanzamento del secondo ovvero sulla sua esclusione dall'associazione. Ciò pare, in effetti, ben costituire un elemento potenzialmente idoneo a limitare la serenità di giudizio del sindaco.

In proposito, come sostenuto in sede di consultazione, un qualche rilievo per escludere la compromissione dell'indipendenza potrebbe assumere l'inserimento di disposizioni statutarie volte a eliminare o limitare la portata di qualsiasi condizionamento prevedendo regole di completa astensione dell'amministratore dalla partecipazione a decisioni che possano riguardare la carriera del sindaco.

Altre osservazioni hanno poi riguardato la quarta ipotesi, che individua il caso di un'associazione professionale con condivisione degli utili provenienti dall'attività professionale di ciascuno degli associati.

Non si ritiene di condividere le osservazioni pervenute in merito all'opportunità di introdurre "*soglie di rilevanza quantitativa*" al fine di attribuire rilevanza alla fattispecie in esame.

Al di là di considerazioni attinenti l'arbitrarietà di qualunque parametro quantitativo scelto nell'attribuire rilevanza ad una situazione di condivisione degli utili per verificare l'esistenza di una minaccia all'indipendenza del sindaco, è opportuno notare quanto segue.

Presupposto di tutte le ipotesi indicate nel documento di consultazione è che vi sia un rapporto di esclusività della prestazione dell'attività professionale nell'ambito dell'associazione professionale ([7]); in tali situazioni la suddivisione degli utili tra associati comporta che maggiore è lo sviluppo professionale dei singoli associati (su cui incide anche la reputazione di ciascuno di essi), migliori sono le prospettive per l'associazione e per i suoi membri.

Si ritiene, dunque, che unito ad altri elementi, indici dell'esistenza di una relazione professionale stabile e continuativa, l'appartenenza del sindaco ad un'associazione professionale caratterizzata anche dalla condivisione degli utili realizzati comporti una minaccia significativa all'indipendenza del sindaco, a prescindere da dati quantitativi inevitabilmente relativi al passato.

Come è stato già evidenziato nel documento di consultazione, nell'ipotesi in esame è altresì ravvisabile l'esistenza tra sindaco e amministratore, oltre ad un rapporto di "*natura professionale*" anche di un rapporto avente "*natura patrimoniale*", in quanto il ricavato dell'attività svolta da ciascun associato contribuisce a comporre il reddito degli altri. Sarà in sede di valutazione della rilevanza di tale secondo tipo di rapporto che non si potrà prescindere dal valutare l'apporto proveniente all'associazione da parte del socio amministratore.

È, peraltro, da rilevare che, avendo il legislatore attribuito autonomo rilievo alle due categorie dei rapporti di natura patrimoniale e dei rapporti di natura professionale come cause distinte di incompatibilità dei componenti del collegio sindacale, ogni qualvolta il rapporto tra questi ultimi soggetti e un amministratore sia già compreso tra quelli di "*natura professionale*" idonei a comprometterne l'indipendenza, non è formalmente necessaria (anche se può confermare eventuali conclusioni sull'esistenza di situazioni di incompatibilità per i soggetti interessati) un'ulteriore indagine sull'esistenza di altre cause di incompatibilità e, conseguentemente, sull'eventuale rilevanza dello stesso rapporto come avente, altresì, "*natura patrimoniale*".

[7] Si noti che non può escludersi che le stesse considerazioni possano trovare applicazione anche in assenza di esclusività dell'attività.