

Società non quotate

Contributo alla statuizione dei principi di comportamento del Collegio Sindacale nelle società non quotate

@ Il testo integrale del documento è disponibile su: www.ipsoa.it/lesocieta

Commissione per il Collegio Sindacale dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, febbraio 2010

Contributo alla statuizione dei principi di comportamento del collegio sindacale nelle società non quotate.

La Commissione per il Collegio Sindacale
(*omissis*).

IL COMMENTO

di Alberto Toffoletto e Martino M. Andreoni

Il documento costituisce l'elaborato finale della Commissione per il Collegio Sindacale istituita all'inizio del 2008 all'interno del Consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, con lo scopo di fornire alla categoria un contributo alla definizione dei principi di comportamento del collegio sindacale nell'ambito dei sistemi di controllo nelle società non quotate, considerata anche la rilevanza e la delicatezza del ruolo svolto dai sindaci in tale ambito. L'elaborato prende le mosse dalla bozza di lavoro predisposta dalla Commissione Paritetica dei Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri e mai approvata dai due Consigli Nazionali che, come è noto, cessarono la loro attività il 31 dicembre 2007 per dare vita all'attuale Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. L'elaborato tiene altresì conto del documento n. 1005 approvato dai due Consigli Nazionali nell'ottobre del 2004 relativo ai principi di vigilanza sulla adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle imprese ed enti minori, nonché delle innovazioni introdotte dal Decreto legislativo di attuazione della direttiva 2006/43/CE concernente le revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati.

Struttura del documento

L'elaborato della Commissione per il Collegio Sindacale nominata dal Consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma costituisce un documento interessante e completo e si dimostra il frutto di un approfondito lavoro di interpretazione volto ad individuare e a sviluppare i principi e i canoni professionali che dovrebbero informare lo svolgimento dell'attività e

dell'incarico da parte dei sindaci. Il documento offre l'occasione per svolgere alcune considerazioni e sollevare degli spunti problematici su taluni aspetti della disciplina relativi all'indipendenza, alla determinazione del compenso e al ruolo di vigilanza del collegio sindacale, nonché, più in generale, rispetto al sistema di interventi disegnato dalle norme codicistiche e alla responsabilità nell'attivazione dei rimedi che a questo consegue.

Esso si compone di 42 proposte di principi di comportamento, divise in otto capi, in base al momento e all'ambito della funzione di controllo del collegio sindacale. Così il capo I attiene ai principi in tema di «Nomina del collegio sindacale»; il capo II ai «Doveri del collegio sindacale»; il capo III all'«Acquisizione e scambio delle informazioni»; il capo IV ai «Poteri del collegio sindacale e verbalizzazione»; il capo V alla «Partecipazione alle riunioni degli organi sociali»; il capo VI al «Riscontro e la denuncia dei fatti censurabili»; il capo VII alla «Relazione del collegio sindacale all'assemblea dei soci»; il capo VIII all'«Attività di controllo nelle operazioni straordinarie».

All'interno di ciascun capo, vi è l'elenco di una serie di principi sugli aspetti più rilevanti relativi alla funzione e all'attività del collegio sindacale. Sotto questo profilo, l'elaborato si lascia apprezzare non solo per la completezza, ma anche per la chiarezza espositiva. Ogni indicazione dei principi e degli standard professionali di comportamento è preceduta, infatti, dall'individuazione della norma primaria (codicistica) applicabile alla situazione e dalla considerazione analitica degli aspetti più problematici, tenuto anche conto delle situazioni rilevanti ipotizzabili nei casi concreti.

Considerazioni a prima lettura su specifici punti del documento: l'occasione per alcune riflessioni

L'analisi a prima lettura del documento è stata un'interessante occasione per sviluppare alcune considerazioni sui principi che dovrebbero sorreggere l'attività e la funzione del collegio sindacale. Si seguirà l'ordine nel quale il documento è suddiviso, con l'avvertenza che nell'esposizione si procederà, senza alcuna pretesa di ordine sistematico né di completezza, solo alla segnalazione di alcuni spunti critici, interessanti anche ed eventualmente ai fini di una riflessione più generale sulle regole che devono sovrintendere il comportamento dei sindaci.

Nel definire e delimitare la portata dei principi di indipendenza, sia nella fase di nomina, sia in quella di svolgimento della funzione, il documento opera un'utile classificazione delle situazioni lesive dell'indipendenza, secondo che esse derivino da rapporti di ordine personale, professionale, d'affari, finanziari. Per quanto concerne i primi, il documento prevede che la tipicità dei rapporti individuati dall'art. 2399 c.c. non consenta una interpretazione estensiva. Ricordiamo che la norma, nell'individuare i soggetti che non possono essere elet-

ti a sindaci e se eletti decadono, fa riferimento al coniuge, ai parenti e agli affini degli amministratori. E qui ci poniamo un primo problema: la norma non menziona il convivente *more uxorio*, sicché, da un'interpretazione esclusivamente letterale della disposizione, parrebbe che solo la sussistenza di un rapporto di *coniugio* incida sull'indipendenza. Tale interpretazione, a nostro avviso, non può essere accettata. La condizione del coniuge e del convivente *more uxorio*, per quanto concerne il rischio di dipendenza e parzialità, merita eguale trattamento.

Il documento afferma che l'assunzione della carica di sindaco in più società appartenenti allo stesso gruppo deve considerarsi compatibile con il principio di indipendenza e dunque perfettamente ammissibile. E l'affermazione generale è senz'altro condivisibile. Tuttavia scendendo dal piano del principio a quello della sua applicazione al caso concreto, ci domandiamo se la partecipazione del sindaco ad una pluralità di collegi sindacali delle società di un medesimo gruppo non possa fare sorgere alcuni problemi di indipendenza nel caso in cui tale partecipazione sia quantitativamente significativa. Ci riferiamo al caso che si potrebbe definire del sindaco seriale (1), per tale intendendo il professionista che, dato il numero di collegi sindacali nei quali è nominato, svolga la sua attività professionale quasi interamente come sindaco di società del gruppo. Nell'ipotesi in cui la totalità o la grandissima parte del reddito del sindaco derivi dagli incarichi professionali all'interno delle società del gruppo, si pone a nostro avviso una questione di indipendenza. Così come si pone forse un problema di corretto e diligente svolgimento del suo incarico se, nel rapporto tra risorse e tempo, l'attività prestata per un gran numero di società renda di fatto impossibile garantire la dovuta professionalità (2).

Note:

(1) Utilizziamo un'espressione che riecheggia quella utilizzata dalla dottrina in relazione alla questione degli arbitri seriali, quelli, cioè, che tendono ad essere sempre nominati dallo stesso soggetto in più arbitrati. In tale ambito, si è posto il dubbio che l'arbitro non sia del tutto imparziale, giacché con la nomina frequente e costante finirebbe per rappresentare, senza la dovuta imparzialità e indipendenza, gli interessi di una sola delle parti del giudizio arbitrale.

(2) Sulla questione è utile rilevare come nella disciplina delle società quotate siano espressamente imposti limiti al cumulo degli incarichi. L'art. 148 *bis* TUF prevede infatti che con regolamento della Consob siano stabiliti limiti al cumulo degli incarichi per i membri degli organi di controllo, tenuto conto dell'onerosità e della complessità di ciascun tipo di incarico, «anche in rapporto alla dimensione della società, al numero e alla dimensione delle imprese incluse nel consolidamento nonché all'estensione e all'articolazione della sua struttura organizzativa». Il Regolamento
(segue)

Il documento chiude il capo dedicato alla nomina con la raccomandazione che il compenso del sindaco sia in linea con quanto previsto dalle tariffe professionali. Tale aspetto esula forse dallo scopo di questo breve commento, e dunque ci permettiamo solo di richiamare l'attenzione su possibili conseguenze in tema di antitrust, la cui Autorità di settore, ricordiamo, mostra una certa tendenza a sanzionare gli atti degli ordini professionali con i quali si tenta di imporre delle tariffe nella retribuzione del professionista (3).

Peraltro, rispetto al tema dei compensi, si registra una situazione complessa, caratterizzata da orientamenti non univoci. Da un lato, infatti, vi è la posizione dell'AGCM che, come detto, tende a bocciare tutte le decisioni delle associazioni di categoria volte a determinare le tariffe, in quanto comportamento anticoncorrenziale e vietato ex art. 2, L. n. 287/1990. Dall'altro lato si pone il legislatore, il quale sembra adottare un atteggiamento più articolato, soprattutto con riguardo all'attività di revisione e controllo nell'ambito societario.

In questo senso, osserviamo come nel recente D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, di attuazione della direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, il legislatore, in merito ai compensi dei revisori e delle società di revisione, pur non operando alcun esplicito riferimento a tariffe e onorari fissati dagli ordini professionali, stabilisce che nella determinazione del compenso, contrattato tra il revisore (o la società di revisione) e l'ente cliente, si deve avere riguardo esclusivamente all'esigenza di garantire la qualità e l'affidabilità dei lavori, tenuto conto di alcuni parametri legati alla tipologia e ampiezza dell'incarico e all'esperienza e alla preparazione che esso richiede (art. 10, comma 10).

Il legislatore valorizza dunque al massimo le esigenze di garanzia che si accompagnano alla funzione di revisione, tali per cui il relativo compenso non può essere determinato esclusivamente da criteri di concorrenza sul prezzo. Il rilievo dato a parametri qualitativi sembra, infatti, comportare che il revisore non possa liberamente giocare sul prezzo del servizio per attrarre il cliente superando i concorrenti, in quanto la legge richiede che il compenso sia comunque tale da garantire la qualità e l'affidabilità. La norma lascia probabilmente aperta la strada a possibili contestazioni rispetto ad offerte sensibilmente inferiori a quelle di mercato.

Segnaliamo, peraltro, che il legislatore del D.Lgs. n. 39/2010 si dimostra consapevole del ruolo e della funzione svolti dalle associazioni di cate-

goria, quando stabilisce che, fino all'adozione dei principi di revisione adottati dalla Commissione europea, l'attività di revisione «è svolta in conformità ai principi di revisione elaborati da associazioni e ordini professionali e dalla Consob» (art. 11, comma 3).

Se questo è il quadro di riferimento, un richiamo diretto, come quello operato dal documento in rassegna, alle tariffe professionali si potrebbe ritenere non del tutto corretto, alla luce delle previsioni della legge antitrust. Sarebbe stato forse più oppor-

Nota:

(segue nota 2)

Consob concernente gli emittenti (Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 48, approvato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successivamente modificato) disciplina i limiti al cumulo degli incarichi nel Capo II, artt. da 144 *duodecies* a 144 *quinquiesdecies*. L'art. 144 *terdecies*, in particolare, fissa il limite del cumulo, stabilendo che, con riferimento agli incarichi nelle società quotate, «non possono assumere la carica di componente dell'organo di controllo di un emittente coloro i quali ricoprono la medesima carica in cinque emittenti»; mentre, con riferimento agli incarichi nelle società non quotate, il componente dell'organo di controllo di un emittente può assumere altri incarichi di amministrazione e controllo presso le società di cui al Libro V, Titolo V, Capi V, VI e VII del codice civile, nel limite massimo pari a sei punti risultanti dall'applicazione del modello di calcolo contenuto nell'Allegato 5 *bis*, Schema 1» (Schema da ultimo modificato con delibera n. 16840 del 19 marzo 2009). Dopo il raggiungimento del numero massimo di incarichi previsto dal Regolamento citato, il componente dell'organo di controllo è dichiarato decaduto dalla Consob. Tale disciplina, che concerne gli emittenti, non è applicabile all'ipotesi in cui gli incarichi siano svolti esclusivamente in società non quotate. Tuttavia è comunque interessante, perché probabilmente nasce dalla finalità di evitare quei medesimi rischi che abbiamo indicato nel testo.

(3) È orientamento ormai consolidato dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quello per il quale: i liberi professionisti, operino in proprio o in associazioni professionali, sono soggetti alle norme e ai principi in materia di antitrust, al pari degli Ordini di categoria; la rilevanza pubblica della funzione svolta dagli Ordini professionali non comporta che i loro atti non siano sottoposti al vaglio dell'AGCM; che ogni indicazione proveniente dagli Ordini professionali tendente a restringere la libera concorrenza tra i professionisti può costituire una violazione della disciplina antitrust (v. sul punto, AGCM, Prov. n. 2550 del 14 dicembre 1994, *Tariffe amministratori di condominio*, in *Boll.*, n. 50/1994 [amministratori di condominio]; AGCM, Prov. n. 10245 del 20 dicembre 2001, *Federazione Regionale Ordini Architetti e Ingegneri del Veneto*, in *Boll.*, n. 51-52/2001 [architetti e ingegneri]; AGCM, Prov. n. 19862 del 14 maggio 2009, *Ordine nazionale psicologi - Restrizioni deontologiche sulla determinazione dei compensi* [psicologi]; AGCM, Prov. n. 20363 del 7 ottobre 2009, *Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri della provincia di Bolzano*, in *Boll.*, n. 41/2009 [dentisti]). In particolare, con l'ultimo provvedimento citato, l'AGCM ha stabilito che, dopo la liberalizzazione, gli Ordini professionali non possono determinare le tariffe professionali né stabilire una forbice dei compensi applicabili dai professionisti; l'AGCM, in particolare, ha stabilito che le raccomandazioni degli Ordini di applicare tariffe adeguate alle caratteristiche della professione sono potenzialmente restrittive della concorrenza, poiché tendono ad imporre ai professionisti l'applicazione di tariffe non inferiori ad un minimo predeterminato.

tuno fare riferimento, al pari del legislatore del D.Lgs. n. 39/2010, all'esigenza di garantire la qualità e l'affidabilità dell'attività di controllo demandata ai sindaci, tenuto conto della tipologia e dell'ampiezza dell'incarico, nonché dell'esperienza e della professionalità che esso richiede.

Nell'individuazione dei principi e dei canoni di comportamenti in ordine ai doveri del collegio sindacale nella funzione di vigilanza, il documento appare, ancora, assai completo ed esauriente, trattando i diversi aspetti nei quali la funzione si svolge: vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo, del sistema amministrativo e contabile, anche delle imprese ed enti minori, in ordine al bilancio di esercizio ed alla relazione sulla gestione, anche consolidati e la vigilanza sull'attività di direzione e coordinamento nei gruppi.

Il documento è occasione, anche in questo caso, per svolgere alcune considerazioni, in particolare in ordine al ruolo del collegio sindacale rispetto all'assetto organizzativo della società. L'elaborato definisce con grande chiarezza sia il concetto di «assetto organizzativo», sia la funzione del modello organizzativo, così come fornisce utili e opportune indicazioni circa il contenuto e le caratteristiche che la funzione di vigilanza deve possedere rispetto ad esso.

Ciò premesso, il documento perde forse l'occasione per occuparsi di un problema specifico, ma di grande rilevanza: come deve comportarsi il collegio sindacale di fronte alle eventuali carenze dell'assetto organizzativo e fino a che punto può spingersi il suo sindacato. La questione è complessa, dal momento che, probabilmente, le decisioni in merito all'assetto organizzativo devono considerarsi scelte gestionali, come tali demandate all'esclusiva competenza degli amministratori.

Ciò non toglie che, rispetto all'assetto organizzativo globale, data la sua rilevanza per il corretto svolgimento della vita della società, anche in funzione di prevenzione di situazione patologiche, il controllo del collegio sindacale dovrebbe essere caratterizzato da una particolare incisività. Tale controllo, anche se forse non può spingersi fino al sindacato del merito delle scelte degli amministratori, deve tuttavia consentire la verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo. Sotto tale profilo, in questa materia, più che in altre, le scelte degli amministratori devono essere motivate con precisione ed esaustività, perché proprio il rispetto di tale adempimento costituisce il punto di partenza per potere

operare la valutazione in ordine all'adeguatezza dell'assetto. E in difetto di ciò, è certamente dovere dei sindaci reagire, imponendo anzitutto agli amministratori di fornire adeguate motivazioni ogni volta che decisioni gestionali abbiano, o anche solo siano idonee ad avere, un impatto sull'assetto organizzativo della società.

Probabilmente il collegio sindacale, nel caso in cui ritenga insufficiente o deficitario l'assetto organizzativo, deve non solo segnalarlo, ma anche indicare le ragioni per le quali l'assetto adottato non si dimostra adeguato.

Analoghi problemi si pongono altresì rispetto all'adozione dell'assetto organizzativo e contabile della società ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 che, tuttavia, è bene sottolineare, non si sovrappone all'assetto organizzativo globale di cui abbiamo parlato sopra: l'adozione di un valido modello ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 non significa infatti che anche l'assetto organizzativo globale della società sia parimenti valido. Il D.Lgs. n. 231/2001, come è noto, ricollega alcune gravi conseguenze, anche di ordine penale, alla mancata adozione, o al mancato rispetto, di un modello organizzativo idoneo ad evitare la commissione di reati da parte delle persone fisiche che agiscono in nome e per conto dell'ente (4).

Ci domandiamo, ad esempio, in quale termini l'adozione di un modello organizzativo ai sensi del citato decreto legislativo costituisca indice generale di un valido assetto organizzativo della società. Probabilmente l'adozione di tale modello non è di per sé sufficiente a garantire la validità dell'assetto organizzativo della società. Di maggiore interesse è forse l'ipotesi inversa, nella quale il modello organizzativo non è stato adottato, ciò che legittimamente può avvenire, posto che il D.Lgs. n. 231/2001 configura un onere piuttosto che un vero e proprio obbligo. Ci chiediamo allora quali siano i poteri e i doveri del collegio sindacale rispetto all'adozione, o alla mancata adozione, di tale modello organizzativo. Potrebbe, ad esempio, senza incorrere in eventuali responsabilità, valutare la non necessità di adottare il modello in questione? O dovrebbe, in linea tendenziale, rilevarne l'assenza e proporne l'adozione?

Nota:

(4) È interessante osservare, sul punto, il dato ricavabile dalla prassi che evidenzia come, in linea tendenziale, le società richiedano che almeno un sindaco partecipi all'organismo di vigilanza previsto dal D.Lgs. n. 231/2001 al fine di garantire un adeguato scambio di informazioni.

Alcune note finali su aspetti non trattati in modo specifico dal documento in rassegna

Un tema molto importante avrebbe forse meritato maggiore spazio: quello del sistema dei rimedi attribuiti al collegio sindacale per reagire alle irregolarità. Ricordiamo, in proposito, che, anche grazie agli ultimi interventi legislativi in materia, il collegio sindacale dispone ora di un ventaglio di rimedi di intensità crescente, idonei, rispetto soprattutto a quanto poteva dirsi in passato, a fare fronte alle irregolarità. Di conseguenza, il potere di controllo demandato ai sindaci appare assai rafforzato. Sotto tale aspetto, il documento sembra un poco trascurare i presupposti in presenza dei quali i sindaci possono, ed anzi devono, attivare detti rimedi. Peraltro, al maggiore potere di intervento oggi riconosciuto ai sindaci, fa da contraltare una loro maggiore responsabilità; tema, quest'ultimo, di importanza centrale e che il documento lascia invece alquanto nell'ombra. L'intervento dei sindaci di fronte alle irregolarità, per quanto ovviamente doveroso alla luce della funzione e dei compiti ad essi attribuiti, rimane in larga parte esercizio di un potere discrezionale nella scelta dello strumento più idoneo. Tale discrezionalità non significa affatto che il sindaco non possa essere chiamato a rispondere dell'esercizio non corretto di detto potere, ad esempio, per il ritardo nell'attivazione del rimedio.

In una ideale scala di gravità del rimedio, il primo strumento da considerare nell'analisi è quello previsto dall'art. 2408, comma 2, c.c., ai sensi del quale, nel caso in cui i soci che rappresentino almeno un ventesimo del capitale sociale (un cinquantesimo se la società fa ricorso al capitale di rischio) presentino una denuncia di fatti che ritengono censurabili, il collegio sindacale deve indagare senza ritardo e presentare le sue conclusioni ed eventuali proposte all'assemblea (5). Come opportunamente chiarisce il Principio 6.2 del documento in rassegna, la norma sembra imporre al collegio sindacale di prendere comunque posizione sui fatti denunciati, esprimendo un giudizio sulla fondatezza o l'eventuale infondatezza degli stessi; nel primo caso, il collegio sindacale dovrebbe altresì formulare una proposta in merito ai comportamenti che devono essere tenuti per rimuovere l'irregolarità, o per porvi fine.

Un secondo strumento di controllo e di intervento, assai più incisivo e penetrante, è rappresentato dall'art. 2406, comma 2, c.c., che prevede il potere del collegio sindacale di convocare l'assemblea «qualora, nell'espletamento del suo incarico ravvisi

fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia necessità di provvedere». Si tratta di un potere molto importante, talvolta forse un poco trascurato, che consente all'organo al quale è demandato il controllo della società, di convocare l'assemblea dei soci affinché questi ultimi, investiti della materia, possano prendere le decisioni (che essi ritengono) opportune.

A ben guardare, infatti, tale potere costituisce uno strumento assai efficace perché consente ai sindaci di informare l'assemblea dei soci di situazioni di grave irregolarità compiute dagli amministratori, e con ciò ponendo, di fatto, anche una questione di (attuale) fiducia nei confronti degli amministratori medesimi. Nella sostanza la convocazione prevista dall'art. 2406, comma 2, c.c. è infatti potenzialmente idonea a costituire una convocazione per rinnovare la fiducia agli amministratori, o, in caso contrario, per votare la revoca (6). Al riguardo, infatti, dato che la norma parla di «convocazione» dell'assemblea, essa non può che avvenire con la predisposizione - deve ritenersi a cura del collegio sindacale - di una informativa e di un ordine del giorno che quell'esigenza di revoca devono prospettare. Tale potere si mostra ancora più incisivo se posto di fronte allo strumento della denuncia al collegio sindacale ai sensi dell'art. 2408 c.c. il quale, tradizionalmente previsto, nella sostanza ha dato prova di scarsa incisività.

Un terzo rimedio alle irregolarità è costituito dalla denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c. Si tratta di uno strumento molto invasivo nei confronti della società, poiché attribuisce al tribunale rilevanti poteri di intervento, finanche, nei casi più gravi, quello di revocare gli amministratori ed altresì i sindaci, nominando un amministratore giudiziario.

L'ultimo, importante, strumento attribuito al collegio sindacale per reagire alle (più gravi) irregolarità eventualmente compiute dagli amministratori, è rappresentato dall'azione di responsabilità nei loro confronti. Al riguardo, resta tuttavia da capire quali siano i presupposti e le condizioni di esercizio dell'azione di responsabilità, nonché se al collegio sindacale sia attribuita una qualche discrezionalità nello stimolarne la promozione. Sul contenuto di tale potere, il dato legislativo infatti non si apprezza per precisione.

Note:

(5) Deve ritenersi che, nel caso in cui si presenti l'esigenza, il collegio possa e debba convocare l'assemblea, eventualmente ai sensi dell'art. 2406, comma 2, c.c.

(6) Ricordiamo, al riguardo, che nel sistema dualistico il potere di revocare gli amministratori è attribuito dall'art. 2409 *terdecies* c.c. al consiglio di sorveglianza.

Nell'art. 2393 c.c. si legge, al riguardo, che «l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea» e che «l'azione di responsabilità può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale»; mentre il successivo art. 2393 bis c.c. prevede che «l'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci» (enfasi aggiunta). Non è chiaro, dato il diverso tenore letterale delle norme in questione (7), se l'azione di responsabilità sia promossa direttamente dal collegio sindacale, o sia promossa dalla società a seguito di deliberazione dell'organo di controllo. In tale caso, si potrebbe pensare che l'azione debba essere esercitata da un curatore speciale all'uopo nominato (8). Ad ogni modo, deve probabilmente ritenersi che il collegio sindacale, di fronte a gravi irregolarità nella gestione, sia tenuto a deliberare l'azione di responsabilità. Di conseguenza, l'eventuale inerzia o ritardo del collegio, può esporre i suoi membri alla responsabilità.

Al pari della denuncia ex art. 2409 c.c., l'azione di responsabilità costituisce uno strumento assai incisivo. Diversamente dalla prima, quest'ultima non è finalizzata alla prevenzione di un'attività illecita e del compimento di irregolarità, che si avranno già come compiutamente realizzati, ma, invece, al ristoro dei danni procurati alla società.

Il riconoscimento dell'esistenza di una serie di possibili strumenti di intervento porta con sé l'esigenza di affrontare un'ulteriore questione, quella della gerarchia nei rimedi. Può configurarsi una scala di interventi di intensità crescente? E in caso di risposta affermativa, esiste un dovere dei sindaci di seguire tale scala? Alla prima domanda, come anticipato, si può, con ogni probabilità, rispondere in senso positivo. I rimedi previsti dalle norme del codice civile rappresentano un sistema nel quale è dato riscontrare una scala di intensità crescente, nella quale ad iniziative del collegio sindacale di segnalazione di irregolarità agli amministratori affinché questi le eliminino, fanno seguito rimedi più stringenti, quali la convocazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2406, comma 2, c.c. e, per finire, la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. e l'azione di responsabilità, strumenti assai più incisivi nella vita della società. Come abbiamo detto, il primo rimedio può bensì portare, nei casi più gravi, alla revoca degli amministratori che abbiano posto in essere le irregolarità, ma ciò comunque avviene all'interno della società, a seguito di una decisione dei soci, mentre gli ultimi due rimedi investono dell'irregolarità, e dei conseguenti interventi volti a porvi rimedio, l'autorità giudiziaria.

Al riguardo, occorre notare che i rimedi più drastici non sono formalmente condizionati all'esercizio di quelli più blandi e non sembrano postulare necessariamente l'espletamento infruttuoso di questi ultimi (9). Tuttavia, sembrerebbe anche esistere un principio generale, che potrebbe farsi discendere da quello della buona fede e correttezza nell'espletamento dell'incarico, nonché dall'esigenza di economia nell'attivazione dei rimedi di natura giurisdizionale, che potrebbe imporre di rapportare il mezzo con il fine, o, in modo più specifico, il rimedio con l'irregolarità da affrontare. In questa prospettiva, il collegio sindacale, di fronte alle situazioni più allarmanti e gravi di irregolarità nell'amministrazione dell'impresa, potrebbero certo attivare i rimedi più drastici e incisivi. Viceversa, nelle situazioni caratterizzate da minore irregolarità, alle quali potrebbe essere posto rimedio anche attraverso il rilievo e l'invito a conformarsi alle norme di diritto e alle regole di corretta amministrazione, il ricorso diretto agli strumenti più drastici potrebbe apparire eccessivo, posto che le situazioni di tale genere potrebbero essere affrontate e forse risolte con la stessa, se non

Note:

(7) Una certa imprecisione e mancanza di uniformità nell'utilizzo dei termini si coglie anche negli artt. 2409 *decies* e 2409 *terdecies* c.c.. Il primo prevede che l'azione di responsabilità «può essere proposta a seguito di deliberazione del consiglio di sorveglianza»; il secondo che il consiglio di sorveglianza «promuove l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione».

(8) O dai nuovi amministratori se quelli contro cui si agisce sono cessati o revocati dalla carica. In questo senso, cfr. V. Salafia, *La legge sul risparmio*, in questa *Rivista*, 2006, 140; F. Galgano - R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, vol. XXIX, t. 1, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2006, 481 e 482, secondo i quali «l'azione è esercitata in giudizio dai nuovi amministratori o, se quelli contro i quali si agisce non sono stati revocati, da un curatore speciale nominato dal tribunale a norma dell'art. 78 cod. proc. civ.»; R. Annarone, E. Costantini, I. De Santis, R. Ricci, P. Ruggeri, F. Santi, F. Terrusi, P. Usai, *Artt. 2363 - 2396: assemblea, amministratori*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, 710. La questione, peraltro, è dibattuta, e si registrano diversi orientamenti in dottrina. Nel senso che ai sindaci spetterebbe il potere diretto di esercizio dell'azione, ci sembrano concludere G. Ferrarini e P. Giudici, *La legge sul risparmio, ovvero un pot-pourri della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2006, 606, secondo i quali il collegio sindacale «ha ora anche il potere di esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori»; R. Bencini, *I sindaci fra denuncia di gravi irregolarità ed azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in R. Alessi, N. Abriani, U. Morera (a cura di), *Il Collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 482, quando fa riferimento alla «facoltà di esperire l'azione di responsabilità contro gli amministratori».

(9) Così sembra affermare anche il documento in rassegna, ove rileva che il potere-dovere dei sindaci di denuncia ex art. 2409 c.c. «non si subordina - in regola - all'infruttuoso esito delle altre iniziative che i sindaci possono assumere».

maggiore, efficacia attraverso interventi meno definitivi e duri per la società (10).

In ogni caso, di eventuali negligenze nella scelta dell'uno, piuttosto che dell'altro rimedio, e di ritardo nella loro attivazione, il collegio sindacale può probabilmente essere chiamato a rispondere in sede di azione di responsabilità. Ricordiamo, al riguardo, che ogni eventuale giudizio sulla correttezza dell'operato dei sindaci non può che avvenire secondo un giudizio da compiersi *ex ante*, come idoneità del rimedio a fare fronte alla irregolarità, e non, ovviamente, sulla base dell'effettiva efficacia in concreto dimostrata dal rimedio medesimo.

Natura giuridica del documento

Il documento in rassegna costituisce, come chiarisce il suo titolo, un «contributo alla statuizione di principi» ed è il frutto del lavoro svolto da una commissione di studio del Consiglio dell'Ordine di Roma. Ci si può domandare, a questo punto, se esso costituisca fonte di norme giuridiche e a quale livello, tra queste, eventualmente si situi. Al riguardo deve osservarsi anzitutto che il documento elaborato dalla Commissione nasce nell'ambito, tipico, di una fonte di natura autoregolamentare di un Ordine professionale ma, a ben guardare, anche a questo livello esso non costituisce una vera e propria fonte di comportamento, svolgendo un ruolo, più limitato, di proposta di regolamentazione. Il documento, infatti, non promana da un organo professionale nazionale, seppure di settore, bensì da un organo locale, quello di Roma, e costituisce un contributo alla statuizione di principi. Ne consegue che, fino a quando esso non sia in qualche modo recepito dal Consiglio dell'Ordine a livello nazionale, non potrà considerarsi, in sé, una fonte di autoregolamentazione in senso stretto, potendo, al più, vincolare solo gli iscritti all'ordine locale di appartenenza. Peraltro, non sembra che alla violazione dei principi segua l'irrogazione di sanzioni disciplinari ai professionisti.

Esclusa la vincolatività generale e diretta dei principi espressi nell'elaborato, ci si può domandare se esso non possa acquisirla indirettamente attraverso un eventuale richiamo contenuto in altra fonte. Sotto questo profilo ci tornano alla mente anzitutto le norme del codice civile e del TUF (11) le quali prevedono la possibilità che lo Statuto rinvii ai codici redatti dalle associazioni di categoria, anche se, espressamente, solo in relazione all'individuazione dei requisiti di indipendenza e professionalità degli amministratori e dei membri del consiglio di sorveglianza; e inoltre la norma contenuta nell'art. 11

del citato D.Lgs. n. 39/2010, la quale prevede espressamente che l'attività di revisione sia svolta in conformità ai principi elaborati dalle associazioni e dagli ordini professionali. È vero che analoghe disposizioni non si rinvencono nella disciplina relativa ai sindaci, ma nulla vieta, riteniamo, l'inserimento negli Statuti di un richiamo ai codici di comportamento e ai principi elaborati dalle associazioni di categoria. In questo modo, attraverso la norma contrattuale statutaria, le regole e i principi contenuti nei codici di comportamento e nei documenti degli ordini professionali, in sé non direttamente vincolanti, sono idonei a diventarlo, creando un obbligo contrattuale che i sindaci sono tenuti a rispettare. E qui è interessante notare come un tale rinvio, lungi dal costituire solo un richiamo formale, comporterebbe con molta probabilità un innalzamento degli standard di comportamento.

Ci si può infine chiedere se il documento in rassegna possa rappresentare un parametro attraverso cui valutare la correttezza del comportamento dei sindaci in sede di azione di responsabilità professionale. In tale senso, è possibile chiedersi da un lato se il rispetto dei principi sanciti nel testo in commento valga ad escludere la responsabilità e dall'altro se loro violazione contribuisca invece ad una presunzione di responsabilità. Così posta, alla questione, con ogni probabilità, deve fornirsi risposta negativa. Ciò non significa, tuttavia, che l'elaborato, costituendo uno sviluppo di principi posti da norme primarie e contribuendo a concretizzarne il contenuto, non possa essere tenuto presente nella anzidetta valutazione, come canone interpretativo, pur non vincolando, ovviamente, l'apprezzamento del giudice nel caso concreto.

Note:

(10) Cfr. S. Ambrosini, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, 2007, 45, ove rileva, a proposito della denuncia *ex art.* 2409 c.c., certamente il rimedio più incisivo a disposizione dell'organo di controllo, che esso «appare destinato ad essere utilizzato, in linea di principio, quando gli strumenti endosocietari risultino inefficaci, ma non può escludersi una sua attivazione, per così dire, *omisso medio*» qualora si valutino idonei, in relazione alla gravità della situazione, gli altri strumenti meno incisivi. Sul punto, v. anche P. Valensise, *Il «nuovo» collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, Torino, 2000, 205.

(11) Il riferimento è anzitutto all'art. 2387 c.c., il quale prevede che lo statuto, nel subordinare l'assunzione della carica a specifici requisiti, possa fare riferimento a quelli previsti «da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati». In senso analogo dispone anche l'art. 147 *quater* TUF relativo alla composizione del consiglio di gestione.