



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

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

Prot. 1575 del 16-02-2009

Tipo: PARTENZA



MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Ufficio Relazioni Istituzionali e
Coordinamento Ordini Territoriali

FM/me

Roma,

Spett.le
Consiglio dell'Ordine dei dottori
commercialisti e degli esperti contabili
di TREVISO
Via Roma, 20
31100 Treviso

Inviato a mezzo E-MAIL

Oggetto: PO 08-2009 – *diritto societario – compatibilità fra l'incarico di sindaco di società e l'incarico di componente dell'organismo di vigilanza ex art. 6, D.Lgs. 231/2001.*

Facendo seguito al Vostro quesito del 22 dicembre 2008 relativo alla possibilità di assumere contemporaneamente la carica di sindaco e di componente dell'organismo di vigilanza, di cui all'art. 6, D.Lgs. 231/2001, della stessa società e alla sussistenza di eventuali ipotesi di incompatibilità ai sensi dell'art. 2399 del cod. civ., si osserva quanto segue.

L'art. 6, comma 1, lett. b), D.Lgs. 231/2001 prevede che l'ente non risponde dei reati commessi dai soggetti in posizione apicale, qualora, fra l'altro, abbia affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento.

La norma si limita a prevedere che l'organismo di vigilanza (OdV) sia un organo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, senza dettare alcuna indicazione in merito alla composizione di tale organismo. La dottrina ha individuato le caratteristiche dell'organismo di vigilanza, ritenendo che lo stesso debba essere dotato di autonomia, indipendenza, professionalità e di continuità d'azione. I codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria hanno evidenziato che il requisito dell'autonomia, della professionalità e dell'indipendenza devono essere riferiti, non solo all'organismo nel suo complesso, ma anche ai singoli componenti dell'OdV.

In dottrina si è sviluppato un ampio dibattito in merito alla possibilità che le funzioni dell'organismo possano essere affidate ad un organo di controllo già esistente, ovvero sia necessaria la costituzione di un nuovo organismo.

In particolare, la dottrina ha escluso che l'organismo di vigilanza possa identificarsi con il consiglio di amministrazione, ovvero che possano far parte dell'organismo l'amministratore unico o l'amministratore delegato dell'ente, in quanto in tali circostanze difetterebbe il necessario requisito dell'indipendenza dell'organismo e si sovrapporrebbero le posizioni di controllore e di controllato.

Sulla possibilità che l'organismo di vigilanza possa identificarsi con il collegio sindacale, invece si sono registrate posizioni differenziate. Per escludere la possibilità che il collegio sindacale possa assumere anche i compiti dell'organismo di vigilanza si è affermato che seppur il collegio sindacale potrebbe adempiere in modo efficace al ruolo di vigilanza sul modello, non sarebbe idoneo ad assicurare la necessaria continuità d'azione¹; inoltre, si è evidenziato che, con riferimento ad alcuni illeciti societari rientranti nell'elenco dei reati presupposti, di cui al D.Lgs. 231/2001, il collegio sindacale è compreso nel novero dei soggetti sottoposti a controllo². D'altro canto, altri ritengono che il collegio sindacale possa assumere anche i compiti dell'organismo di vigilanza in quanto il collegio è organo dotato di piena autonomia³ ed i sindaci sono in possesso *ex lege* dei requisiti di onorabilità e professionalità e che la vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, nonché l'aggiornamento degli stessi, sono funzioni il cui efficace svolgimento non sembra poter essere precluso ad un organo tenuto *ex lege* a riunirsi almeno ogni novanta giorni (art. 2404, comma 1, c.c.), la cui "continuità d'azione" non può, quindi, essere messa in discussione⁴.

In merito, inoltre, alla possibilità che i singoli componenti del collegio sindacale possano far parte dell'OdV, è stato evidenziato⁵ che nulla sembra impedire ai sindaci l'assunzione di tali incarichi, soprattutto in considerazione al fatto che il sindaco è soggetto in possesso *ex lege* dei requisiti di onorabilità e professionalità richiesti ai membri dell'OdV dai codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria. Tra l'altro, proprio dalla formulazione letterale di questi ultimi emerge che, in caso di composizione plurisoggettiva dell'OdV, ove "*in esso vengano a concentrarsi tutte le diverse competenze professionali che concorrono al controllo della gestione sociale nel tradizionale modello di governo societario (es. ... un componente del collegio sindacale;...)*", l'esistenza dei suddetti requisiti è assicurata, anche in assenza di ulteriori

¹ Ex multis C.E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, cit., 848; G. BERTOLLOTTI, *L'imputazione all'ente della responsabilità "amministrativa" (o penale?) per fatto dei propri prestatori di lavoro*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002, 555-556, secondo il quale l'OdV non potrà identificarsi neanche con le società di revisione, anche se queste ultime, come professionisti esterni, potranno comunque farne parte.

² CONFINDUSTRIA, cit., 23.

³ Così R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, cit., 1303; *Id.*, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in Atti del convegno di Roma 30 novembre - 1° dicembre 2001, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, 86-87, il quale ritiene che il fatto che la norma parli di un "organismo dell'ente" senza menzionare i sindaci non significa che abbia voluto escluderli, ma soltanto che si è adoperata una espressione generica, probabilmente in quanto la disposizione si applica anche ad enti sforniti di collegio sindacale.

⁴ A. De Vivo - L. Martino, *L'organismo di vigilanza*, in AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Milano, 2006.

⁵ A. De Vivo - L. Martino, *op. cit.*

indicazioni, dalle caratteristiche personali e professionali richieste dall'ordinamento per tali soggetti⁶.

Prima di esaminare la questione relativa alla sussistenza di eventuali ipotesi di ineleggibilità e decadenza, occorre richiamare l'attenzione sulla natura dell'OdV e sulla circostanza che l'ambito delle attribuzioni dello stesso è compreso nel più ampio ambito della vigilanza cui è preposto il Collegio sindacale, nonché sul fatto che la legge non prevede specifiche incompatibilità per l'assunzione della carica di componente dell'organismo di vigilanza.

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

Sembra opportuno ricordare che il legislatore italiano, nel dettare le ipotesi di ineleggibilità e decadenza ex art. 2399, comma 1, lett. c), cod. civ., ha individuato una serie di situazioni in cui si presume che l'indipendenza del sindaco subisca un pregiudizio tale da renderlo inidoneo all'esercizio delle funzioni di controllo ed ha poi previsto 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, la clausola generale impone nelle altre ipotesi di valutare caso per caso e dimostrare che nei fatti si è prodotto un effettivo pregiudizio dell'indipendenza⁷. 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 dipendente⁸ ;
- 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 contabile⁹.

⁶ CONFINDUSTRIA, *cit.*, 26.

⁷ 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*.

⁸ COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, p. 9, disponibile su www.notarlex.it ; AMBROSINI, *Commento all'art. 2399*, in *Commentario* COTTINO, 2004, p. 873.

⁹ 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.

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, si ritiene che non possano pregiudicare l'indipendenza del sindaco né i rapporti di lavoro autonomo occasionale¹⁰, 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 economico¹¹.

Alla luce di quanto sopra esposto sembra doversi escludere qualsiasi incompatibilità fra l'incarico di sindaco e quello di membro dell'organismo di vigilanza. Inoltre, si ritiene che tale ultima attività possa essere ascritta a pieno titolo fra quelle esercitabili dagli iscritti nell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili), anche in considerazione della loro competenza specifica in economia aziendale e diritto d'impresa e, comunque, nelle materie, economiche finanziarie, tributarie, societarie ed amministrative.

Con i migliori saluti.

IL DIRIGENTE
Francesca Maione



¹⁰ 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.

¹¹ 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.