

Collegio sindacale

Doveri del collegio sindacale e principi di corretta amministrazione

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

Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Documento 15 dicembre 2010

Norme di comportamento del collegio sindacale nelle società non quotate

IL CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
(omissis).

1. NOMINA, INCOMPATIBILITÀ E CESSAZIONE DEI COMPONENTI DEL COLLEGIO SINDACALE

Norma 1.1. Composizione del collegio sindacale

Principi

Il numero dei componenti del collegio sindacale è stabilito dall'atto costitutivo.

I sindaci devono essere scelti fra soggetti in possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dalla legge e dallo statuto.
(omissis).

Norma 1.2. Dichiarazione di trasparenza

Principi

I candidati sindaci devono fornire all'assemblea dei soci adeguate informazioni sugli incarichi di amministrazione e controllo ricoperti presso altre società.
(omissis).

Norma 1.4. Obiettività, indipendenza e cause di ineleggibilità e decadenza

Principi

I sindaci devono svolgere l'incarico con obiettività e integrità e nell'assenza di interessi, diretti o indiretti, che ne compromettano l'indipendenza.

Le cause di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità previste dalla legge sono dirette a garantire l'indipendenza del sindaco, quale requisito indispensabile ai fini di un corretto esercizio delle funzioni di vigilanza affidate al collegio sindacale.

In generale, il requisito dell'indipendenza deve soddisfare simultaneamente i due seguenti aspetti:

il corretto atteggiamento professionale che induce il sindaco a considerare nell'espletamento dell'incarico solo gli elementi rilevanti per l'esercizio della sua funzione escludendo ogni fattore ad esso estraneo;

la condizione di non essere associato a situazioni o circostanze dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che la capacità del sindaco di svolgere l'incarico in modo obiettivo sia compromessa.

L'indipendenza è un requisito etico-soggettivo in grado di influenzare l'obiettività del sindaco che non deve essere soddisfatto in maniera assoluta.

Poiché non è possibile individuare e definire tutte le circostanze e i rapporti rilevanti che possano compromettere l'obiettività, il sindaco adotta un sistema di valutazione dei rischi per la propria indipendenza con riferimento allo specifico caso.

Prima di accettare l'incarico, il sindaco identifica i rischi per l'indipendenza, valuta la loro significatività ed accerta, sulla base di tali elementi, se siano disponibili ed eventualmente applicabili misure di salvaguardia che consentano di eliminare o ridurre ad un livello accettabile tali rischi. Laddove l'analisi dovesse evidenziare che il rischio per l'indipendenza sia eccessivo e non siano disponibili o non possano essere applicate misure di salvaguardia adeguate a ridurlo ad un livello accettabile, il professionista non deve accettare l'incarico ovvero deve rinunciare.

Il sindaco sottopone a periodica verifica il rischio per l'indipendenza che possa derivare da specifiche attività, relazioni ed altre circostanze successive alla nomina.

Gli elementi di valutazione dei rischi per l'indipendenza e gli esiti di tali valutazioni sono comunicati dal sindaco al collegio.

Il collegio sindacale vigila sull'indipendenza dei propri componenti valutando le informazioni che essi comunicano al collegio.

Il venir meno del requisito dell'indipendenza di un sindaco non determina il venir meno dell'obiettività del collegio. Nel caso in cui si verifichi una lesione del principio di indipendenza in capo ad un sindaco egli deve adottare tempestivamente le misure di salvaguardia che consentano di ripristinare i requisiti di indipendenza. Nel caso in cui l'indipendenza non venga ripristinata devono essere messe in atto le azioni previste per la sostituzione del sindaco.

Nel caso in cui al collegio sia demandata la funzione della revisione legale, i componenti del collegio sindacale osservano i principi di indipendenza ed obiettività stabiliti nella forma più restrittiva.

(omissis)

Norma 1.6. Cessazione dall'ufficio

Principi

La legge assicura la continuità di funzionamento del collegio sindacale.

(omissis).

Norma 2.1. Funzionamento

Principi

Il collegio sindacale ha piena autonomia nell'organizzazione del proprio funzionamento e nello svolgimento delle proprie attività e si riunisce con cadenza regolare.

I sindaci operano, di norma, collegialmente.

I sindaci, una volta che sia scaduto il loro incarico, prestano la massima collaborazione ai nuovi sindaci in carica, fornendo loro le informazioni e la documentazione eventualmente richieste.

(omissis).

Norma 2.2. Utilizzo di propri dipendenti e ausiliari

Principi

Nell'espletamento di specifiche operazioni di ispezione e di controllo i sindaci possono, sotto la propria responsabilità e a proprie spese, avvalersi di propri dipendenti e ausiliari.

I dipendenti e gli ausiliari devono essere in possesso dei requisiti di indipendenza previsti per i sindaci.

(omissis).

3. DOVERI DEL COLLEGIO SINDACALE

Norma 3.1. Caratteristiche e modalità di effettuazione dei controlli

Principi

I controlli del collegio sindacale sono effettuati sulla base della diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico che determina una obbligazione di mezzi e non di risultato.

Nella propria attività di vigilanza il collegio applica una modalità di selezione dei controlli basata sull'identificazione e la valutazione dei rischi con modalità adeguate alle dimensioni ed alle altre caratteristiche, anche orga-

nizzative, specifiche dell'impresa assoggettata a controllo.

Nell'effettuare l'identificazione dei rischi il collegio determina i rischi generici e quelli specifici, attribuendo agli stessi una diversa intensità e periodicità di controllo. Nell'effettuare la valutazione il collegio esprime un giudizio professionale, tenendo in considerazione se un professionista terzo ragionevole e informato, dopo aver considerato tutte i fatti e le circostanze specifici a disposizione del collegio in quel momento trarrebbe la conclusione con ogni probabilità che i rischi sarebbero stati eliminati o ridotti ad un livello accettabile mediante l'applicazione di misure di salvaguardia.

Laddove l'analisi dovesse evidenziare la necessità di applicare misure di salvaguardia in relazione a concreti rischi che potrebbero comportare violazioni di legge o di statuto ovvero la mancata o inesatta applicazione dei principi di corretta amministrazione, il collegio sindacale richiede all'organo amministrativo l'attuazione delle opportune azioni di miglioramento, la cui realizzazione va monitorata nel corso dell'incarico, al fine di verificarne l'efficacia. Nel caso in cui tali azioni non siano ritenute sufficienti, il collegio adotta le iniziative previste dalla legge per la rimozione delle violazioni.

(omissis).

Norma 3.3. Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione

Principi

Il collegio sindacale vigila sul rispetto dei principi di corretta amministrazione.

La vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione consiste nella verifica della conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di razionalità economica posti dalla scienza dell'economia aziendale.

(omissis).

4. PARTECIPAZIONE ALLE RIUNIONI DEGLI ORGANI SOCIALI

Principi

Al fine di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, i sindaci devono partecipare alle assemblee dei soci, nonché alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo. Tale dovere qualifica in modo rilevante la funzione tanto da essere sanzionato con la decadenza nei casi previsti dalla legge.

Il sindaco che non partecipa alla riunione è tenuto ad acquisire copia del verbale della riunione per prenderne conoscenza e ad acquisire dagli altri sindaci o dagli amministratori le informazioni ritenute necessarie od opportune.

Il collegio sindacale può impugnare le deliberazioni degli organi sociali che non siano assunte in conformità della legge o dello statuto.

Il collegio sindacale è tenuto ad accertare che siano osservate le formalità e le norme, fissate dalla legge e dallo statuto, per la regolare convocazione e costituzione degli

organi sociali e, nel corso delle riunioni, deve verificarne il regolare svolgimento.

Il collegio sindacale è tenuto ad intervenire nel corso del dibattito, qualora ravvisi violazioni della legge o dello statuto della società ovvero dei principi di corretta amministrazione, manifestando il proprio motivato dissenso o le proprie riserve e chiedendone la relativa verbalizzazione.

Qualora, nonostante l'intervento dei sindaci, fossero assunte deliberazioni ritenute in contrasto con la legge o con lo statuto ovvero ancora nell'eventualità che le deliberazioni assunte non siano tempestivamente sostituite con altre conformi alla legge e allo statuto, i sindaci sono legittimati ad impugnare dette deliberazioni.

Nel caso di violazione dei principi di corretta amministrazione che non siano rilevati o rilevabili nel corso della riunione ma solo successivamente, i sindaci devono tempestivamente segnalare tale violazione all'organo amministrativo ovvero, in caso di inerzia all'assemblea, affinché assuma gli opportuni provvedimenti.

Al fine di una consapevole partecipazione alla riunione e della possibilità di tempestivi interventi, è opportuno che i sindaci partecipino alle riunioni adeguatamente informati e documentati sui temi che costituiranno oggetto di valutazione e di deliberazione. A tale riguardo appare altresì opportuno, se del caso, che i sindaci facciano annotare nel verbale dell'adunanza il difetto di preventiva informazione che ha impedito il formarsi di un meditato convincimento sull'argomento, anche a prescindere da eventuali impugnative delle relative deliberazioni.

Le opinioni espresse nel corso delle riunioni sono, in linea di principio, espressione di una valutazione collegiale. Pertanto è opportuno che il sindaco che desideri intervenire nel corso della riunione si accerti preventivamente che la propria opinione sia coincidente con quella del collegio, precisando, in caso contrario, che l'opinione è espressa a titolo personale.

(omissis).

Norma 4.2. Partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo

(omissis).

6. IL RISCONTRO E LA DENUNZIA DI FATTI CENSURABILI

Norma 6.1. Riscontro di fatti censurabili

Principi

Il collegio sindacale nei casi in cui riscontra fatti censurabili esercita i poteri di reazione ad esso attribuiti dalla legge. (omissis).

Norma 6.2. Denuncia ex art. 2408 c.c.

Principi

Il collegio sindacale indaga sui fatti censurabili denunciati dai soci e ne riferisce all'assemblea. (omissis).

Norma 6.5. Azione di responsabilità

Principio

Il collegio sindacale può esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori per i danni arrecati alla società.

(omissis).

7. RELAZIONE ALL'ASSEMBLEA DEI SOCI

Norma 7.1. Struttura e contenuto della relazione dei sindaci

Principi

Il collegio sindacale ha l'obbligo di riferire all'assemblea dei soci sui risultati dell'esercizio sociale e sulla attività svolta nell'adempimento dei propri doveri mediante una relazione.

(omissis).

IL COMMENTO

di Fabrizio Mancinelli e Gabriele Di Giovacchino

Mentre stiamo andando in stampa il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CN) emana le "Norme di comportamento del collegio sindacale" che sostituiscono quelle redatte nel 1996. Gli Autori, dopo aver trasmesso al CN le loro osservazioni sulla bozza in pubblica consultazione del luglio scorso, evidenziano sia i loro suggerimenti che il CN ha inteso recepire, sia le criticità che ancora restano specialmente in riferimento a due questioni particolarmente spinose: l'interesse e il patrimonio sociale (*).

Lo scorso mese di luglio il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili

Nota:

(*) Relazione tenuta al Seminario di Studi su *Norme di comportamento del collegio sindacale nelle società non quotate*, presso

la Facoltà di Economia Giorgio Fuà in Ancona, il 29 ottobre 2010, organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Ancona e dalla Facoltà di Economia dell'Università di Ancona. La relazione è stata modificata tenendo conto della pubblicazione definitiva delle Norme, con riserva di ogni più opportuno approfondimento.

li ha emanato in pubblica consultazione (1) il progetto relativo alle nuove "Norme di comportamento del collegio sindacale nelle non quotate" (da ora Bozza) le quali andranno a sostituire quelle del 1996 ormai "impolverate" quantomeno a causa dell'intervenuta riforma del diritto societario del 2003, ma anche per le novità introdotte dal D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 in materia di revisione legale dei conti (2) (3).

Già nel 2004 era stata emanata dal CN una bozza di tali Norme in pubblica consultazione e in quell'occasione si suggerì di non aver fretta poiché quello in esame è documento di particolare rilevanza (4).

In effetti quella bozza subì, per molte ragioni, una battuta di arresto di ben 5 anni, ma, forse per tale ritardo questa volta il CN è stato come si vedrà, particolarmente solerte. Le trentaquattro norme di cui si compone il documento vengono declinate in *principi, riferimenti normativi, criteri applicativi e commenti*.

Come si legge nella Premessa, trattasi di norme di "deontologia professionale" che, di conseguenza, non solo diffondono le *best practices* e una cultura dei controlli, ma per i commercialisti hanno anche effetti disciplinari. Inoltre, poiché le Norme costituiscono un punto di riferimento anche per il giudice ordinario (5), le stesse non obbligano i soli commercialisti ma, di fatto, sono suscettibili di più ampia applicazione.

Uno strumento operativo, quindi, finalizzato al regolare funzionamento delle società e alla corretta circolazione della ricchezza e, pertanto, alla tutela dei molteplici interessi che ruotano intorno all'impresa.

Com'è noto, infatti, la chiara definizione dei doveri e delle conseguenti responsabilità dei controllori rappresenta l'anello di chiusura del cerchio di ogni *governance*, garanzia di efficienza di qualsiasi sistema di amministrazione e controllo.

In definitiva le Norme assumono grande importanza per imprenditori, *stakeholders* e professionisti dell'economia e del diritto in quanto, contribuendo a chiarire l'oggetto dei controlli e le connesse modalità per il loro esercizio, attengono alla responsabilità dei controllori e, quindi, rappresentano garanzia di efficienza per il buon governo dell'impresa sociale (6).

Doveri del collegio in materia di interesse e patrimonio sociale

Da quanto si è detto discende che aspetto cen-

trale delle Norme è l'identificazione del perimetro dei controlli e la specificazione del contenuto degli stessi (art. 2403 c.c.), così da evitare che incertezze nei doveri producano indesiderate omissioni o sovraesposizioni da parte dell'organo di controllo.

Di tutta evidenza, però, è la difficoltà connessa all'esercizio della funzione in esame poiché i controlli di legittimità sostanziale sugli atti sociali si

Note:

(1) In www.cndcec.it.

(2) Da quest'ultimo provvedimento legislativo deriva anche l'urgenza di ben identificare le funzioni del collegio rispetto a quelle del revisore legale così da evitare sovrapposizioni o zone scoperte; tale esigenza permane nonostante recenti rilevazioni statistiche mostrino l'esigua rilevanza del caso: al 31 dicembre 2009 nelle oltre 76.000 società aventi il collegio sindacale, solo in 276 casi le due funzioni (controllo contabile e controllo amministrativo) risultano disgiunte (Rapporto CERVED, Giugno 2010 in www.cervedgroup.com). La suddetta evidenza statistica (collegio sindacale avente anche l'incarico di revisione legale dei conti) vanifica, principalmente per ragioni di natura economica, la volontà del legislatore del 2003 di alleggerire il collegio sindacale della revisione legale dei conti affinché lo stesso si dedichi pressoché esclusivamente ai controlli sull'amministrazione.

(3) In effetti le Norme non appaiono adeguatamente armonizzate con il D.Lgs. n. 39/2010: allorché il sindaco è anche revisore (quasi sempre) e sussistano difformità normative, trova applicazione la norma codicistica o il decreto 39? Un approfondimento a riguardo sarebbe stato quanto mai opportuno sotto vari profili: funzionamento, requisiti di indipendenza, responsabilità, etc. E inoltre come interferiscono le Norme con le regole di comportamento imposte al revisore dai principi di revisione?

Nella Norma 1.4, rubricata "obiettività, indipendenza e cause di ineleggibilità e decadenza", viene enunciato il criterio per la soluzione di eventuali difformità tra le rispettive disposizioni deontologiche: «nel caso in cui al collegio sia demandata la funzione della revisione legale, i componenti del collegio sindacale osservano i principi di indipendenza ed obiettività stabiliti nella forma più restrittiva».

Di evidenza però che tale affermazione attenga alla sola indipendenza e non può certo estendersi oltre. Del tutto assente il riferimento alla natura di tali uffici, alle connesse funzioni e alle interlocuzioni reciproche anche in punto di relazione al bilancio come di seguito si dirà.

(4) F. Mancinelli, *Principi di corretta amministrazione e patrimonio sociale*, in questa Rivista, 2005, 549.

(5) Anche alla luce del fatto che l'art. 2407 c.c. contiene un espresso richiamo al carattere professionale della diligenza richiesta al sindaco nell'espletare la propria prestazione a cui le norme di deontologia conferiscono concreta applicazione. Peraltro, l'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 39/2010, pur riferendosi all'attività di revisione, prevede che la stessa venga effettuata in conformità «ai principi elaborati dalle associazioni e dagli ordini professionali»; anche da questo punto di vista emerge l'esigenza di armonizzare le Norme con il Decreto in esame come rilevato nella precedente nota 2.

(6) Nella Premessa non si dice più (come invece si annunciava nella Presentazione del documento 28 luglio 2010) che il CN pubblicherà le ulteriori tre parti delle Norme (particolarmente utili) relative a:

- 1 - attività del Collegio in caso di omissione degli amministratori;
- 2 - attività del Collegio nelle operazioni straordinarie;
- 3 - attività del Collegio nella crisi d'impresa.

muovono su terreno scivoloso e, per sua natura, impervio: non merito (convenienza ed opportunità delle scelte), né mera legittimità. Ma verifica di un'adeguata istruttoria, della correttezza e buona fede delle scelte, nonché di trasparenza e prudenza degli atti ovvero, come recita la normativa bancaria, di sana e prudente gestione. Trattasi, in estrema sintesi, di verificare le modalità con cui le decisioni sociali vengono assunte.

A questo riguardo la Norma 3.1 relativa proprio alla questione centrale in materia di doveri del collegio in punto di «caratteristiche e modalità di effettuazione dei controlli», afferma che il collegio «applica una modalità di selezione dei controlli basata sull'identificazione e la valutazione dei rischi con modalità adeguate alle dimensioni ed alle altre caratteristiche anche organizzative specifiche dell'impresa assoggettata a controllo» (7).

È di tutta evidenza che l'identificazione e valutazione dei rischi (o *Risk Approach*) significa capacità di individuare il contesto in cui l'obbligo in questione si cala anche alla luce dei Principi di revisione n. 200 e n. 315.

È questa la parte più innovativa delle Norme, una sorta di mappatura dei rischi simile al lavoro preliminare che viene effettuato in sede di redazione dei modelli organizzativi idonei a prevenire reati (D.Lgs. n. 231/2001).

È sicuramente un cambio di prospettiva nell'attività da svolgere, un modo di definire priorità, obiettivi e linee di azione sui controlli da effettuare, è un approccio che richiede capacità di comprensione delle specifiche realtà aziendali e del loro funzionamento, nonché capacità di analisi e sintesi.

Sempre in materia di doveri, la Norma 3.3 riguarda la «vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione» (PCA) (8).

A riguardo si evidenziano tre criticità in materia di interesse e patrimonio sociale:

1. È evidente che il collegio nel vigilare sul rispetto dei PCA si debba occupare in primo luogo dell'operato degli amministratori, ma non si deve dimenticare la vigilanza sulle decisioni dell'assemblea (9).

Intendiamo affermare che la tutela dell'interesse sociale deve essere garantita non solo in riferimento alle decisioni degli amministratori, ma anche a quelle assembleari, a poco rilevando persino il fatto che queste ultime possano essere assunte all'unanimità (10).

Di questa attività di vigilanza sull'operato dell'assemblea, che pure è organo destinatario delle co-

municazioni del collegio, nelle Norme non v'è traccia.

Sorprende quindi che il CN non abbia inteso recepire tale integrazione.

2. Sempre in tema di interesse sociale (quale fondamentale categoria di riferimento per i PCA) non meno vistosa è la mancanza di indicazioni circa le verifiche del collegio in ipotesi di direzione e coordinamento, vale a dire quando l'interesse sociale diviene interesse di gruppo (11).

I punti di rilievo si riferiscono non solo alla verifica degli obblighi di pubblicità (art. 2497 *bis*) (12), ma soprattutto all'adeguatezza delle motivazioni di quelle decisioni influenzate dalla controllante (art. 2497 *ter*).

La verifica di tali valutazioni prognostiche circa il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497) è quantomai ardua in riferimento soprattutto alla tutela degli interessi dei soci di minoranza e dei creditori delle controllate, ma anche dell'integrità patrimoniale della controllante per effetto, ad esempio, della postergazione dei finanziamenti da questa effettuati alle controllate (art. 2497 *quinquies*).

Peraltro, i connessi rischi di natura penale specie in sede di procedure concorsuali avrebbero reso quanto mai opportuna l'integrazione suggerita.

Il CN, invece, non ha ritenuto di recepire tali

Note:

(7) Norme, pag. 28. A questo specifico riguardo il CN ha ritenuto di recepire il nostro suggerimento nel senso di evitare la formulazione indecisa e condizionale della Bozza che, certamente, avrebbe causato grave incertezza negli obblighi di controllo.

(8) Norme, pag. 30.

(9) Anche a questo riguardo il CN ha ritenuto di recepire il suggerimento da noi fornito nel senso di far riferimento alle parti correlate (anche in considerazione dell'informativa che occorre fornire in nota integrativa ex art. 2427, comma 1, n. 22 *bis* e comma 2).

(10) Si pensi ad una delibera assembleare di fusione laddove la società incorporata sia insolvente e abbia un patrimonio netto negativo laddove i soci (nonché amministratori) dell'incorporante e dell'incorporata siano gli stessi. I soci (dell'incorporante) hanno un interesse in conflitto con quello della società poiché volendo evitare il fallimento dell'incorporata fanno accollare (con delibera assembleare assunta all'unanimità) i debiti di quest'ultima all'incorporante, con ciò danneggiandola e potendo recare pregiudizio ai suoi creditori.

Si pensi ancora alla prestazione di una garanzia deliberata all'unanimità dall'assemblea a favore di un istituto di credito al fine di liberare le fidejussioni prestate dai soci ecc ...

(11) Si fa fuggacemente cenno all'art. 2359 e all'esame delle operazioni infragruppo nella norma 5.6.

(12) Indicando negli atti e nella corrispondenza, nonché nel registro delle imprese l'ente alla cui direzione la società è sottoposta; nonché dando adeguata informazione nella relazione sulla gestione e nella nota integrativa (art. 2497 *bis* e art. 2428).

suggerimenti, né di fornire indicazioni in materia di verbalizzazioni.

3. Anche in tema di patrimonio sociale (anch'essa fondamentale categoria di riferimento per i PCA) le Norme non sono chiare poiché, a differenza di quanto si afferma nei *criteri applicativi* della norma 3.3, la verifica del procedimento decisionale degli amministratori riguarda non solo quelle delibere che siano al contempo «palesemente pregiudizievoli e in grado di pregiudicare l'integrità del patrimonio» (13), ma entrambe disgiuntamente intese.

L'importanza dell'argomento avrebbe richiesto maggiore chiarezza innanzitutto nella definizione delle categorie utilizzate che sarebbe potuta essere la seguente:

a) «palesemente pregiudizievole» ci pare possa identificare il prodursi di un danno subito evidente come conseguenza della decisione;

b) «in grado di pregiudicare l'integrità del patrimonio» ci pare possa significare una decisione suscettibile di produrre perdite che integrino una delle fattispecie di cui agli artt. 2446 ss. c.c.

Così chiariti i termini della vicenda che qui ci occupa, trova conferma quanto sopra anticipato, vale a dire che il collegio deve eccepire non solo le decisioni pregiudizievoli, ma anche quelle che di per sé siano in grado di pregiudicare l'integrità patrimoniale sebbene non si mostrino subito palesemente pregiudizievoli.

Questo secondo tipo di decisione ci pare attenga alla difficile valutazione del rischio sotteso alla decisione rispetto al patrimonio sociale e alle condizioni in cui versa la società.

Se, ad esempio, la firma di un contratto di appalto o l'effettuazione di un investimento pur essendo idonea (sulla base di una circostanziata prospettazione) a far conseguire ingenti utili attesi, dovesse tuttavia risultare suscettibile di produrre perdite (foss'anche nel peggiore dei casi) tali da pregiudicare l'integrità patrimoniale nel senso anzidetto, ebbene quella decisione deve essere eccepita in quanto non conforme ai PCA e, in particolare, al principio di prudente gestione (14). Tanto più se la società versa in condizioni di difficoltà patrimoniale e/o finanziaria.

Qualora poi gli amministratori avessero difficoltà a formulare idonee prognosi, ciò di per sé dovrebbe bastare a sconsigliare la decisione (15).

Ulteriori suggerimenti non recepiti dal Consiglio Nazionale (16)

Norma 1.2 "Dichiarazione di trasparenza"

Com'è noto la L. n. 262/2005 (cosiddetta tutela del risparmio) all'art. 2400 c.c. ha aggiunto il quarto comma che prevede l'obbligo dei nominandi sindaci di fornire all'assemblea informativa circa gli incarichi di amministrazione e controllo dagli stessi ricoperti presso altre società.

Si ritiene che all'amministratore (e al liquidatore, etc.) si sarebbe dovuto aggiungere anche il direttore generale alla luce, peraltro, dell'equiparazione di responsabilità che l'art. 2396 c.c. effettua.

Si ritiene altresì che al sindaco (e al revisore, etc.) si sarebbe dovuto aggiungere (17) il componente dell'organo di vigilanza di cui al D.Lgs. n. 231/2001.

Resta ovviamente impregiudicata la questione relativa all'annullabilità della delibera assembleare assunta in assenza di dichiarazione di trasparenza.

Norma 1.4 "Obiettività, indipendenza e cause di ineleggibilità e decadenza"

Sul rischio di indipendenza che deriva dall'interesse personale nel caso del sindaco-socio il CN ha ritenuto di non regolamentare la materia rinviando ai principi generali di cui alla Norma 1.4. (18)

Note:

(13) Norme, pag. 31.

(14) A quanto detto potrebbe fare eccezione l'obbligo preventivo ed irrevocabile dei soci, adeguatamente garantito (fidejussione bancaria, ipotecaria capiente ecc...), di sottoscrivere e versare idoneo aumento di capitale qualora la decisione assunta dovesse volgere al peggio.

(15) Questione minore, ma che sarebbe stato il caso di emendare, riguarda il parere di un tecnico o di un legale a fondamento della delibera degli amministratori, parere che non può essere necessario ed eventuale.

Di conseguenza era stato proposto un testo che affermava che «la delibera sia supportata da idonea documentazione e da adeguati pareri se ritenuti opportuni o necessari»; ma il CN non ha inteso recepirlo.

(16) Norma 1.1 "Composizione del collegio sindacale": Nel commento alla Bozza si affermava che qualora l'assemblea aumenti il numero dei sindaci, il collegio è immediatamente integrato. Tale immediatezza è stata opportunamente eliminata dal CN recependo il suggerimento fornito, poiché ciò si sarebbe potuto facilmente prestare ad un abuso di diritto da parte dell'assemblea per conseguire un interesse extra sociale (quello dei soci), quello cioè di consentire di mettere in minoranza l'attuale maggioranza del collegio trasformando, ad esempio, un parere negativo al bilancio in uno positivo. Il CN non ha tuttavia ritenuto di recepire il suggerimento che, qualora ciò dovesse accadere, si sarebbe potuta prospettare un'eloquente rinuncia all'incarico stante l'impossibilità di un'impugnativa della delibera di assemblea straordinaria (art. 2377, comma 2).

(17) Attesa la logica estensiva adottata dalla norma in questione: si include infatti il socio della società di revisione legale o gli enti appartenenti alla "rete" a cui tale società appartiene.

(18) Forse ci si sarebbe potuti spingere un po' oltre muovendo dall'art. 2399, lett. c, ultima parte, ove si afferma l'ineleggibilità
(segue)

Norma 1.6 "Cessazione dall'ufficio"

Si afferma che se la cessazione dell'obbligo di nomina del collegio (riduzione dei parametri di cui all'art. 2477 c.c. al di sotto dei limiti previsti) interviene nel corso del mandato «il collegio rimane in carica fino alla naturale scadenza».

Tale conclusione, la quale fondandosi sulla durata triennale della carica di sindaco tende a conseguire la condivisibile finalità di evitare manovre improprie dell'assemblea tese alla eliminazione del collegio, avrebbe richiesto una formulazione meno perentoria.

L'avveramento della condizione (cessazione dell'obbligo di nomina del collegio) ed il relativo accertamento da parte di un organo sociale, infatti, potrebbero comunque consentire alla società di disattendere la norma di comportamento in questione revocando il collegio con effetti immediati (è questa, peraltro, la posizione della dottrina dominante).

La norma sostiene, inoltre, che la *prorogatio* dei sindaci riguarda l'organo collegiale (art. 2400, comma 1) e non anche il sindaco rinunziante poiché ciò rappresenterebbe una «compressione del proprio diritto alle dimissioni». Il CN non ha ritenuto di precisare che la necessità dell'organo di controllo (e la connessa continuità di funzionamento) prevale sul diritto soggettivo del sindaco alla rinunzia potendosi così affievolire il suo diritto di rinunzia. Se, ad esempio, a causa di plurime rinunzie o decadenze (dei sindaci effettivi e/o di quelli supplenti) non si raggiungesse la completezza dell'organo, l'efficacia della rinunzia del sindaco andrebbe differita al momento della nomina da parte dell'assemblea (19).

Anche a questo riguardo (20) una maggiore armonizzazione delle Norme con il D.Lgs. n. 39/2010 (con l'art. 13, comma 6) sarebbe stata quanto mai opportuna. Poiché la legge contempla il sindaco supplente (2397, comma 1) ma non il revisore supplente, nel caso di sindaci che svolgono le funzioni di revisore riteniamo che la *prorogatio* per il collegio operi solo dopo che il meccanismo delle rinunzie plurime ha individuato i sindaci superstiti che debbono dare continuità di funzionamento all'organo di controllo.

Norma 2.1 "Funzionamento"

Accogliendo il nostro suggerimento è stato opportunamente precisato che nonostante l'obbligo di legge circa la ciclicità minima delle verifiche pari a novanta giorni (art. 2404, comma 1) non preveda una specifica sanzione, con ciò configurandosi come norma «a carattere ordinatorio», tuttavia si ritiene «opportuno rispettare, in linea di massima, tale periodicità».

Oltrepassare infatti i 90 giorni in modo significativo e frequente potrebbe integrare, specie in contesti di difficoltà, profili di responsabilità e di giusta causa di revoca del sindaco/i.

Norma 2.2 "Utilizzo di propri dipendenti ed ausiliari"

Accogliendo il nostro suggerimento il CN, in punto di partecipazione degli ausiliari e dei dipendenti del sindaco, ritiene che gli stessi possano partecipare alle riunioni del collegio.

Norma 6.1 "Riscontro di fatti censurabili"

Accogliendo il nostro suggerimento il CN afferma che i poteri reattivi del collegio debbono essere esercitati in presenza di fatti censurabili non necessitando, come si affermava nei *criteri applicativi* della Bozza, che tali fatti fossero suscettibili di comportare un rilevante danno alla società. L'esistenza del danno potenziale, infatti, è condizione necessaria ai fini della denuncia al tribunale (art. 2409), ma non anche in riferimento all'obbligo di rimozione endosocietaria di fatti censurabili.

Norma 6.2 "Denuncia ex art. 2408"

Al terzo capoverso dei *criteri applicativi* il CN non ha ritenuto opportuno ribadire che, se in sede di denuncia ex art. 2408 il collegio rileva gravi irregolarità tali da integrare le fattispecie di cui all'art. 2409, la denuncia al tribunale vada effettuata solo dopo che siano risultati vani i rimedi endosocietari (prima il consiglio poi l'assemblea), a meno che la coincidenza tra soci e amministratori, la sussistenza di un danno irreparabile o di fatto reato suggeriscano, in via eccezionale, di evitare la gradualità degli interventi da parte dell'organo di controllo.

Note:
(segue nota 18)

del sindaco a causa di «altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza», nonché dal principio di revisione n. 100 del 2005, par. 5.1, principio raccomandato dalla Consob con delibera n. 15185.

(19) Se del caso convocata da parte dello stesso collegio sindacale ai sensi dell'art. 2406. L'eventuale ripetuta mancanza del quorum costitutivo o deliberativo obbligherà il c.d. "sindaco prigioniero" a sollecitare l'organo amministrativo prima e il tribunale poi per l'accertamento della causa di scioglimento della società (art. 2484, n. 3 e art. 2485, comma 2).

V'è da chiedersi in questo contesto se il Tribunale che nomina il liquidatore (art. 2487) abbia potestà di nominare i sindaci così da poter finalmente consentire la liberazione del "sindaco prigioniero": contrariamente opinando, la conseguente compressione dell'esercizio del diritto soggettivo di rinunzia risulterebbe intollerabile.

(20) V., *supra*, nota 3.

Norma 4.2 "Partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo"

Nei criteri applicativi si afferma che l'atto eccezionale dell'amministratore consente al collegio di promuovere azione di responsabilità se dallo stesso sia derivato un danno ai soci o ai creditori sociali.

Poiché però l'azione da parte del collegio è pur sempre un'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori (art. 2393), ne deriva che solo quando sia derivato un danno alla società l'azione può essere esercitata. Il CN non ha inteso recepire né tale modifica, né eliminare prudentemente il riferimento alla condotta degli amministratori che risulti contraria ai principi di corretta amministrazione: continuiamo a ritenere che sarebbe stato più opportuno attenersi strettamente al testo normativo che parla dei «doveri imposti dalla legge e dallo statuto» (art. 2392).

Norma 4 "Partecipazione alle riunioni degli organi sociali"

Il CN non ha inteso recepire il suggerimento di eliminare o diversamente circostanziare l'opportunità che il collegio verbalizzi il «difetto di preventiva informazione che ha impedito il formarsi di un meditato convincimento sull'argomento, anche a prescindere da eventuali impugnative delle relative deliberazioni».

Quando e come dovrebbero essere fornite ai sindaci preventive informazioni circa una delibera consiliare?

Eccepire il difetto di preventiva informazione potrebbe indurre il collegio ad impugnare la delibera in quanto non adeguatamente istruita o comunque a dover poi sanare ciò che integrerebbe un *vulnus* al proprio operato.

Norma 6.5 "Azione di responsabilità"

Proprio perché l'azione di responsabilità è finalizzata al risarcimento del danno (al «ripristino del patrimonio sociale», affermano le Norme) è fuor di luogo affermare che «l'azione sia tempestivamente promossa quando un suo eventuale ritardo possa aggravare le conseguenze degli eventi dannosi».

L'azione tipica per rimuovere le irregolarità ed attivare le più idonee misure cautelari atte ad evitare danni sociali o suoi aggravamenti è invece e proprio la denuncia al tribunale (art. 2409) o la richiesta di misure cautelari (ivi incluso l'art. 700 c.p.c. nell'ambito dell'art. 2476 per le s.r.l.) ossia esclusivamente all'interno di un giudizio di responsabilità e non l'azione di responsabilità (art. 2393).

Norma 7.1 "Struttura e contenuto della relazione dei sindaci"

Si ritiene che il parere del collegio al bilancio, a differenza di quanto si afferma nei criteri applicativi, non «deve dare evidenza dell'opinione di ciascun sindaco sulla sua approvazione», ma solo del fatto che tale approvazione sia avvenuta all'unanimità o a maggioranza.

Infatti, proprio perché il collegio è tale (organo collegiale), vige al suo interno il principio di maggioranza.

Quanto invece al diritto di tutela del c.d. «componente di minoranza» sussiste lo strumento della verbalizzazione nel libro del collegio sindacale; mentre per la tutela della più ampia informativa all'assemblea sarà il sindaco di minoranza a rappresentare in quella sede ciò che ritiene opportuno ben sapendo, peraltro, che questo verbale assembleare è soggetto alla pubblicità di cui all'art. 2435.

Anche per quanto riguarda il parere al bilancio, il CN non ha ritenuto di sviluppare adeguatamente le funzioni (da cui le responsabilità) del collegio; sia che lo stesso venga incaricato del controllo contabile (di qui le formule di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 39/2010), sia che non abbia tale incarico. Di conseguenza il CN non si è neppure espresso circa l'ipotesi di pareri difformi tra collegio e revisore (21).

Note:

(21) Di seguito alcune ulteriori indicazioni:

* Norma 1.3 "Nomina, accettazione e cumulo degli incarichi (dei sindaci)".

Nel commento, a margine dell'estesa obbligatorietà del collegio nelle s.r.l. (D.Lgs. n. 39/2010) e della connessa nomina giudiziale dello stesso su istanza di «qualsiasi soggetto interessato» (art. 2477, ultimo comma), il CN non ha ritenuto di prospettare la responsabilità del quotista che non si sia attivato presso il tribunale.

Tale omissione potrebbe infatti concorrere ad integrare l'intenzionale autorizzazione al compimento di atti dannosi dell'amministratore (art. 2476, comma 7) [a più forte ragione nei casi in cui trovano applicazione le disposizioni in tema di s.p.a. (art. 2477, comma 5) e se si ritiene che sussistano maggiori poteri reattivi del collegio rispetto a quelli del quotista].

* In alcuni casi, quali la Norma 5.2 "Rapporti con l'organo amministrativo" e la Norma 8.1 "Pareri e proposte del collegio sindacale" vengono effettuati degli elenchi i quali, necessariamente incompleti, avrebbero dovuto essere preceduti dalla locuzione "a titolo esemplificativo".

In particolare sui pareri e proposte del collegio (ove si parla, tra l'altro, di congruità del prezzo di emissione delle azioni in caso di aumenti di capitale ex art. 2441 comma 6 e di relazione sulla perdita di capitale ex art. 2446) occorrerebbe aggiungere quanto meno il parere di congruità sul prezzo delle azioni quando l'aumento è delegato agli amministratori (art. 2443).

* Norma 3.8 "Vigilanza in ordine al bilancio consolidato e alla relazione sulla gestione". Il collegio non solo «scambia dati ed informazioni rilevanti con il revisore legale o con la società di revisione legale», ma anche con i collegi delle società controllate e collegate.