

## 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) confluiscono 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*