

ire che anche la consulenza legale rientra tra i servizi che non possono essere forniti dal revisore (comma 1-ter) e a rimuovere alcuni dubbi interpretativi suscitati dalla formulazione della norma sulla durata massima dell'incarico del revisore (comma -quater).

Comma 15³ - modifiche all'art. 162. La modifica introduce colma una lacuna della vigente disciplina ampliando il campo di vigilanza della Consob anche all'organizzazione della società di revisione. Nel contempo però si è ritenuto opportuno non prevedere le verifiche periodiche della Consob sull'indipendenza e l' idoneità tecnica delle società di revisione rinviando al più ampio intervento di attuazione della direttiva 2006/43/CE l'introduzione di verifiche sulla qualità della revisione.

Artt. 159-160

COMMAIO: 1. Inefficienze delle regole in materia di *auditing* e scandali finanziari di inizio secolo. - 2. Le reazioni sul piano normativo: un quadro generale. - 3. Le novità introdotte dalla legge sul risparmio in materia dell'indipendenza delle società di revisione: a) nuove norme in materia di nomina. - 4. (Segue). b) Nuova disciplina della revoca per giusta causa. - 5. (Segue). c) Novità in materia di esercizio del potere sostitutivo della Consob. - 6. (Segue). d) I criteri di determinazione del compenso. - 7. (Segue). e) Il duplice obbligo di rotazione e la nuova durata dell'incarico. - 8. Le incompatibilità personali all'assunzione dell'incarico. - 9. Le incompatibilità all'interno della rete. - 10. Il divieto di fornire servizi *no audit*.

Commento di
Antonina Irace

1. Un'analisi delle novità previste dalla legge sul risparmio in materia di disciplina dell'attività di revisione contabile deve necessariamente chiarire - seppure in estrema sintesi - le ragioni che, per questa materia, hanno richiesto un intervento sul

esto unico sull'intermediazione finanziaria. È inevitabile il riferimento ai fallimenti ed ai *crack* finanziari dell'inizio di questo secolo, al fallimento, quindi, della Enron e della Worldcom per gli Stati Uniti, ai *crack* finanziari in Europa¹ e, per

citare i più significativi, a quelli della Citic e della Parmalat nel nostro paese.²

In tutti questi casi le società di revisione avrebbero dovuto avere la funzione di "controllori" prestando, in qualità di intermediari reputazionali (*gatekeepers*) un servizio agli investitori³. Loro compito era garantire che le informazioni offerte al

- UK), Lemour & Hauspie (Belgio), Buz Group (Svizzera), France-Telcom (Francia) cfr. PENATI, *Le finelli Enron*, 18.

² Per un quadro delle vicende che hanno contraddistinto gli scandali finanziari italiani cfr. ONADO, *I risparmiatori*, 499; ABRAMINI, *Dal caso Parmalat*, 269; FIANCANTO, *I gap di informazione*, 401; DI STASO, *Il caso Parmalat*.

³ Cfr. COFFEY, *Understanding Enron*, 8.

mercato dai loro clienti rispecchiassero la realtà dei fatti e risultassero conformi a *standards* qualitativi minimi. In nessuno di questi casi, invece, le irregolarità contabili, sempre presenti, sono state temporaneamente evidenziate; i giudizi rilasciati dai revisori non hanno permesso di percepire le frodi né agli investitori, né alle Autorità di controllo sul mercato. L'inefficienza dei controlli a tutela dei risparmiatori, forse soprattutto l'inaffidabilità dei giudizi dei revisori esterni, è apparsa in maniera evidente.

Cosa - viene fatto di chiedersi - non ha funzionato, cosa, quindi, necessitava di essere corretto?

L'alta concentrazione presente sul mercato dell'*auditing*⁴ sicuramente è stata fra le cause che hanno consentito il diffondersi di controlli sempre più compiacenti. In un mercato concentrato la collusione può svilupparsi più facilmente; le società che lo dominano perseguono una strategia simile senza il timore che altri concorrenti possano conquistare quote di mercato adottandone di diverse. È questo quello che normalmente è avvenuto. A vallare, mettere concretamente in atto pratiche contabili al limite della legalità, pur di assicurarsi contratti dai propri clienti, era divenuta strategia comune fra le

¹ Pochi dati rendono palese la gravità del problema. Uno studio preparato per il Senato americano - cfr. US GAO (US GEN ACCT. OFF), *Regulated Study* - testimonia che le *big four* presiedono circa il 78% del mercato delle *public companies* americane, percentuale che sale sino al 99% se misurata in termini di fatturato. Per quanto riguarda l'Europa lo studio sull'impatto del regime di responsabilità degli *auditors* reso pubblico nell'ottobre del 2006 (cfr. LONDON ECONOMICS, *Study on the impact*) evidenzia come la concentrazione del mercato sulle *big four* raggiunga anche il 100%. Con riferimento, infine, al nostro Paese i dati sono desumibili, oltre che dal rapporto europeo appena citato, dalla Relazione Consob relativa all'anno 2005 (cfr. CONSOB, *Relazioni*); secondo entrambe le fonti le prime 4 società di revisione, controllano, con riferimento al fatturato, oltre il 94% del mercato.

maggiori società di *auditing*⁵. Il moltiplicarsi delle frodi veniva alimentato dalla scarsa probabilità di essere costretti a pagare le conseguenze. Particolarmente grave era l'assenza di un *enforcement* adeguato negli Stati Uniti. Qui i comportamenti scorretti dei revisori potevano essere sanzionati attraverso: a) una *class action* portata avanti da e nell'interesse di semplici investitori, investitori istituzionali o creatori; b) un provvedimento della SEC di tipo amministrativo; c) un procedimento penale. Intorno alla metà degli anni novanta vi erano stati, però, interventi normativi (il *Private Securities Litigation Reform Act* del 1995 ed il *Securities Litigation Uniform Standards Act* del 1998) che, sulla spinta degli interessi corporativi delle grandi società di revisione, avevano ridefinito il regime di legittimazione attiva all'esercizio delle *class actions*, riducendo le responsabilità imputabili ai revisori per mancanza di oggettività e di integrità nei loro giudizi fino al punto da renderli quasi immuni da questo tipo di azioni⁶. Era sparita, così, quella che - per i costi che comportavano i risarcimenti - fino a quel momento era stata, per i revisori, la minaccia più concreta e, contemporaneamente, un tangibile disincentivo alla scorrettezza nei comportamenti.

La divergenza di prospettive tra azionisti "esterni" e revisori, ha, però, soprattutto, determinato il fallimento dei controlli esterni. I giudizi dei revisori, infatti, in assenza di norme efficienti in tema di

⁵ Sul punto cfr. O'CONNOR, *The Inevitability*; EISENER, *MAGEY Was Arthur Andersen*, 270 ss.; PARDOLESI, PORTOLANO, *Latte*, *lacrima*, 207.

⁶ Sul punto cfr. PARDOLESI, PORTOLANO, *Latte*, *lacrima*, 207; PRESTI, *Il sistema*, 303; FERRARINI, GIUDICI, *Financial Scandals*, 24 e, soprattutto, BUTA, *La responsabilità*, 101. L'Aurice ricorda come, di fronte agli scandali finanziari, fu valutata in primo luogo la possibilità di rivedere proprio le norme in materia di responsabilità dei revisori. Vedi anche, *ivi*, altre indicazioni bibliografiche.

indipendenza, hanno finito per essere sempre più condizionati dal loro interesse ad assecondare il soggetto da cui avevano ricevuto l'incarico. Il potenziale conflitto di interessi era noto da tempo ma, a lungo, si era ritenuto che non pregiudicasse la qualità dell'attività di controllo. La credibilità delle certificazioni — si sosteneva — deriva dal fatto che il controllore, nello svolgimento del proprio lavoro, mette in gioco un capitale reputazionale costruito in anni di attività, capitale che è particolarmente interessato a salvaguardare.⁷ L'esperienza degli ultimi anni ha mostrato, al contrario, che — soprattutto nei casi, sempre più diffusi, in cui la dipendenza della società di revisione nei confronti del *management* è accentuata dall'offerta di servizi di consulenza accanto ai servizi di *auditing* — le perdite di reputazione possono essere inferiori ai guadagni derivanti anche da un cliente individuale; esse non rappresentano, quindi, un freno efficace al diffondersi del mal costume.⁸ A partire dalla fine degli anni '90 — quando l'offerta di attività di consulenza ha iniziato ad essere nettamente più redditizia e, quindi, più importante rispetto all'*auditing*, che ha assunto la sola funzione di "articollo civera" (*loss leader*) utilizzato per vendere servizi più lucrativi — il problema si è palesato in tutta la sua gravità. I giudizi venivano, spesso, espressi sulla propria attività di consulenza o su quella di una società o di professionisti appartenenti alla stessa rete e, quindi, in palese conflitto di interessi.

Ma ciò non basta, perché la possibile contemporanea offerta anche di servizi di consulenza poneva nel nulla la più importante garanzia a presidio dell'indipendenza di un revisore, riconoscibile nella diffi-

coltà del cliente ad usare la minaccia di revoca per mettere in linea il controllore con il quale è in disaccordo. La minaccia di revoca in presenza di offerta di soli servizi di *auditing* ha, infatti, scarsa credibilità: la revoca è un evento che deve necessariamente essere reso pubblico e, quindi, determina una *c.d. high visibility sanction* innescando una serie di indagini da parte delle autorità competenti che possono arrecare un danno maggiore alla società oggetto di controllo che alla società di revisione revocata. Se all'*auditing* viene affiancata l'attività di consulenza la situazione si capovolge. Non solo i revisori hanno più da perdere in caso di licenziamento e, quindi, hanno maggiori motivi per compiacere il cliente che, in cambio, potrebbe decidere di acquistare ulteriori servizi, ma — ed è questo ciò che più importa — il cliente ha anche a disposizione una serie di pericolosissime *low visibility sanctions* per modificare il comportamento del controllore piegandolo ai suoi *desiderata*. Se quest'ultimo si mostra riluttante ad avallare pratiche contabili poco corrette, infatti, un contratto di consulenza può venire sciolto senza che ciò determini indagini da parte delle autorità competenti ed il conseguente impatto sul mercato.

In presenza di un adeguato monitoraggio sull'attività delle società di revisione da parte delle autorità di controllo del mercato, gran parte di questi problemi avrebbe potuto essere superata. L'assenza di adeguati controlli — in alcuni casi per deficienze vere e proprie nell'attività di supervisione sul mercato, in molti altri per l'assenza dei necessari poteri⁹ — ha ulteriormente contribuito alla dequalificazione dell'*auditing* esterno. Ancora una volta il problema era particolarmente grave negli Stati Uniti ove l'assenza di adeguati controlli sulle società di revisione,

prima dell'emanazione del SOA (*Sarbanes-Oxley-Act*), derivava dalla stessa organizzazione della professione contabile. Il sistema di norme che la regolava era quanto mai complesso, ma, forse proprio per questo, poco efficiente. Nell'ambito dell'ente principale del settore, l'AICPA (*American Institute of Certified Public Accountants*), si sviluppavano una serie di organizzazioni secondarie: l'ASB (*Auditing Standards Board*), il FASB (*Financial Accounting Standards Board*), l'ISB (*Independence Standards Board*). L'operato di tutti questi organismi risultava fondamentale per un corretto funzionamento del sistema. All'interno dell'AICPA l'ente che riguarda più da vicino l'attività di *auditing*, vi era il SECPS, ovvero il *SEC Practice Section*, creato nel 1977 e composto dalle società di revisione sottoposte agli obblighi di registrazione da parte della SEC. Il SECPS era a sua volta controllato dal POB (*Public Oversight Board*), composto da cinque membri pubblici indipendenti, ma la supervisione era finalizzata esclusivamente alla diffusione di notizie al pubblico da parte del POB. Erano, invece, direttamente le società che componevano il SECPS ad avere il compito di svolgere le *peer reviews*, ovvero indagini reciproche riguardanti la qualità dell'attività di *auditing* al fine di valutarne la corrispondenza a determinati *standards*; questo tipo di controlli era raro e, soprattutto, poco incisivo.

Il mercato avrebbe potuto, anche al di fuori di una disciplina, trovare, autonomamente, un nuovo equilibrio capace di garantire nuova fiducia agli investitori e, quindi, lo sviluppo: a conferma di questa capacità di reazione, si citano i fatti che testimoniano come, al presentarsi delle crisi, vi sia effettivamente stata una reazione sia da parte delle società di *auditing*, che hanno sostituito i soggetti che avevano effettuato i controlli, sia da parte dei

soggetti controllati, che hanno spesso rinunciato all'acquisto di servizi di consulenza da parte della stessa società che offriva i servizi di *auditing*, e migliorato i controlli interni con la previsione di una maggiore rotazione dell'*audit partner*.¹⁰

L'assenza di fiducia circa le reazioni spontanee del mercato, il timore dei tempi che uno spontaneo riassetamento avrebbe potuto richiedere, soprattutto il timore del presentarsi di nuovi dissesti hanno indotto ad una reazione sul piano normativo: e questa è stata talmente netta che la dottrina, pressoché ovunque, è stata chiamata a constatare eccessi nella regolamentazione e a suggerire aggiustamenti di rotta al fine di ridurre i costi legati all'applicazione delle nuove discipline,¹¹ sottolineando che questi costi, inevitabilmente, si sarebbero ripercossi sulle società clienti e, poi, sugli stessi risparmiatori che, attraverso quelle regole, si volevano tutelare.

Negli Stati Uniti — ove a rafforzare le regole in materia di indipendenza si era

¹⁰ Cfr. ARRUÑADA, *Auditing Failure*, 636.

¹¹ Si sostiene che il costo dell'applicazione delle nuove norme in materia di controlli contenute nel SOA potrebbe essere stimato pari all'1% dei profitti delle società e che, per garantire ai clienti l'assistenza richiesta dall'applicazione delle norme, le società di *auditing* hanno elevato le loro tariffe fino al 35% cfr. ARRUÑADA, *Auditing Failure*, 637; KOEHN, DEL VECCHIO, *Ripple Effects*, 36; ma sul punto vedi anche, più di recente, CHELESKI, WEIRICH, *Ups and Downs*, 28; KOEHN, DEL VECCHIO, *Revisiting the Rippl*, 32, secondo i quali gli effetti dell'applicazione della nuova normativa appaiono significativamente ridimensionati. Non può tacersi, infine, che per la preoccupazione che l'eccessiva rigidità nelle regole disincentivi le imprese europee ed asiatiche dai quotarsi sui mercati americani è stato costituito un Comitato composto da giuristi, grandi aziende americane e docenti universitari con l'obiettivo di proporre modifiche al SOA; questo Comitato il 30 novembre dello scorso anno ha reso pubblico un suo rapporto, cfr. CCMR (COMMITTEE ON CAPITAL MARKETS REGULATION) *Report* ove, alla luce di un'analisi costi/benefici della regolazione, si propongono decisi cambiamenti al SOA.

⁷ Cfr. GOLDBERG, *Accountable Accountants*,

295.

⁸ Cfr. MAGEY, *Efficient Capital*, 754.

⁹ Sul punto cfr. O'CONNOR, *The Inevitability*,

appena provveduto individuando, nella *Final Rule*¹² della SEC, un elenco di servizi non *audit* preclusi alle società di revisione - si ritiene indispensabile intervenire, questa volta, sul piano della legge federale. Il PCAOB, immediatamente a ridosso degli scandali finanziari, ridisegna, - in senso significativamente più coercitivo e, soprattutto nell'ottica del superamento del conflitto di interessi - l'intera disciplina della *corporate governance* e, in particolare, quella della revisione contabile e, al tempo stesso, rinfiora i controlli sulle società di revisione che vengono assegnati al PCAOB¹³, rimodula e loro modificherà nella considerazione della possibile operatività in rete ed, infine, prelude agli *auditors* l'offerta ai propri clienti di una vasta fascia di servizi professionali¹⁴.

Di eguale forza e rilevanza sono le reazioni dell'Unione europea. Anche in questo caso la consapevolezza dei problemi e la ricerca di possibili soluzioni precede gli scandali finanziari trovando espressione già nelle posizioni espresse nel Libro Verde sull'indipendenza del revisore del 1996, poi nella Raccomandazione della Commissione del 15 novembre 2000 sui requisiti minimi per il controllo della qualità della revisione legale dei conti nell'Unione europea. L'urgenza dell'intervento si avverte, però, maggiormente dopo lo scandalo Enron, l'emanazione del SOA¹⁵ e, ancor più,

col presentarsi anche in Europa di scandali finanziari che ripercuotono i loro effetti sul mercato. Si arriva, così, all'emanazione di una Raccomandazione sull'indipendenza del revisore del 2002¹⁶ e, negli stessi anni, ad una proposta di riforma della direttiva in materia di revisione contabile che si tramuterà nel maggio dello scorso anno nella nuova VIII direttiva¹⁷.

Simile è la reazione sul piano degli ordinamenti dei paesi membri che vivevano, in quegli anni, esperienze di *crack* finanziari. Ovvunque, si ritiene necessario intervenire sui potenziali conflitti di interessi e, a tal fine, vengono introdotte norme più stringenti in tema di controlli, fra esse assumono particolare rilevanza quelle tese a garantire l'indipendenza del revisore, l'effettività dei controlli esercitabili sul loro operato e un nuovo più penetrante sistema di sanzioni¹⁸.

Anche per quanto specificamente ci riguarda già soltanto l'eco dei fenomeni americani determina immediate preoccupazioni negli operatori del mercato, portando all'istituzione, per iniziativa mini-

una manifestazione di unilateralismo, in quanto estende la giurisdizione americana non solo alle società europee quotate negli Stati Uniti, ma anche a quelle società che, pur non quotate a New York, siano controllate da una quotata a New York. Il problema è acuto soprattutto nel caso dei revisori e per la disciplina degli *audit committees*.

¹² Vedila pubblicata in G.U.C.E. n. L 191 del 19 luglio 2002. Occorre ricordare che la Raccomandazione dell'UE viene recepita, in Italia, sul piano della autoregolamentazione in un documento sui *Principi sull'indipendenza del revisore* redatto da una commissione paritetica del C.N.D.C. e C.N.R. nel novembre del 2004 (vedilo nel sito www.audit.in nella sezione Studi e ricerche); quest'ultimi sono stati poi raccomandati dalla Consob con la delibera n. 15185 del 5 ottobre 2005 (vedila nel sito dell'organico di controllo: www.consob.it).

¹³ Si tratta della direttiva 2006/43/CE del 17 maggio 2006 vedila in G.U.C.E. n. L 157 del 9 giugno 2006.

¹⁴ Per un quadro sintetico delle reazioni dei diversi ordinamenti europei al caso Enron, cfr. ENRIQUÈS, *Risk Algebras*, PRESTI, *Il sistema dei controlli*, 407.

seriale, di una "Commissione di studio sulla trasparenza delle società quotate", presieduta da Galgano, con il compito di «esaminare l'idoneità dell'ordinamento interno a fornire al mercato la rappresentazione veritiera della situazione economica-finanziaria, patrimoniale delle imprese quotate, che consenta di segnalare per tempo l'insorgere di situazioni di crisi e di individuare le misure correttive necessarie»¹⁹.

I lavori della Commissione, pur conclusi celermente, non hanno, però per lungo tempo, trovato riscontro in nuove scelte sul piano normativo. Bisognerà attendere i *crack* prima della Cirio e poi della Parmalat perché l'argomento torni all'ordine del giorno con un'indagine conoscitiva parlamentare su «I rapporti tra il sistema delle imprese, i mercati finanziari e la tutela del risparmio». Il documento finale che riassume i risultati di quest'indagine evidenzia chiaramente i problemi esistenti in materia di disciplina della revisione contabile e individua possibili soluzioni nelle richieste esplicite di una Consob sul banco degli accusati: 1) riaffermamento del

di natura cautelare²⁰. Le risposte, sul piano normativo, arriveranno solo alla fine del 2005 con l'emanazione della legge sulla tutela del risparmio.

La nostra riforma - ultima fra quelle dei paesi capitalistici - trova, come è giusto che sia, motivi ispiratori nella disciplina introdotta negli Stati Uniti con il SOA e nelle posizioni assunte da tempo in sede di Unione europea.

La legge dedica alla revisione contabile uno specifico titolo - il III - intitolato «*Disciplina della revisione contabile*». Il titolo contiene un'unica norma - l'art. 18 che prevede nelle lettere da a) ad h), un robusto intervento sulla disciplina dettata in questa materia dal testo unico sulla finanza. Già solo in prima lettura appare - mi sembra imporrante sottolinearlo con una punta di compiacimento - che vi è, da parte del nostro legislatore, una netta, anche se non piena, inversione di tendenza, un ritorno al passato, a quanto nel nostro paese veniva previsto già nel d.p.r. n. 136 del 1975²¹.

Il decreto Draghi, seguendo per certi versi quella che, a quei tempi, era l'esperienza d'oltre oceano, aveva puntato su di una forte privatizzazione del rapporto tra cliente e società di revisione; in questa ottica la Consob era stata privata del potere di approvare le delibere di conferimento e di revoca dell'incarico di revisione, della possibilità di revocare l'incarico di ufficio e di individuare i criteri secondo i quali dovevano essere stabiliti i corrispettivi per l'attività di revisione²². In nome, oggi, della tu-

¹⁹ Il decreto istitutivo della Commissione richiama l'attenzione sulla esigenza della trasparenza e della prevenzione dei conflitti di interesse nel governo delle imprese quotate e sottolinea, in particolare, l'esigenza di un esame specifico della materia con riguardo ai principi contabili, al ruolo dei revisori e al ruolo degli analisti.

²⁰ Il decreto istitutivo della Commissione richiama l'attenzione sulla esigenza della trasparenza e della prevenzione dei conflitti di interesse nel governo delle imprese quotate e sottolinea, in particolare, l'esigenza di un esame specifico della materia con riguardo ai principi contabili, al ruolo dei revisori e al ruolo degli analisti.

²¹ In questo senso PRESTI, *Il sistema*, 306; FORTUNATO, *Fillimento*, 929; MENTI, *Confitta*, 961.

²² La scelta era criticata in dottrina da FORTUNATO, *La società*, 814 ss.; IRACE, *L'attività*, 1178; TRON, *sub art. 159*, 861; quest'ultimo Autore evidenziava, da un lato, la possibilità di configurare con riferimento alle nuove disposizioni introdotte nell'ordinamento, un eccesso nell'esercizio dei poteri

¹² Cfr. la *Final Rule* 33-7919 del 21 novembre 2000 disponibile nel sito della sec: www.sec.gov, con il documento che l'accompagna *Revision of the Commission's Auditor Independence Requirements*. Per un commento sui contenuti della *Rule* cfr. VELLA, *I problemi interni*, 28; ROMANO, *The Sarbanes*, 1534.

¹³ Il PCAOB viene nel SOA deputato a dettare l'intera disciplina della professione precedentemente lasciata all'autoregolamentazione.

¹⁴ Per una esaustiva descrizione dei contenuti del SOA, cfr. TONELLO, *Corporate governance*, 14 ss., 438 ss. e 481 ss.

¹⁵ Il SOA - sottolinea SPAVENTA, *Corporate Governance* - pone problemi all'Europa, perché è

tela del risparmio gran parte di questi poteri viene ripristinata. Le competenze dell'organo di controllo pubblico ampliate e rivisto il sistema sanzionatorio. Poiché l'obiettivo da raggiungere era il superamento delle distorsioni e delle inefficienze che derivavano dal conflitto di interessi si ritiene necessario operare su una pluralità di piani. In primo luogo si ridefinisce l'ambito di applicabilità della disciplina. A tal fine la modifica all'art. 116 Tuf, prevista alla lett. a) della norma, opportunamente chiarisce che, nel caso si tratti di società emittenti strumenti finanziari non quotati ma diffusi fra il pubblico in misura rilevante, oltre alle norme in materia di revisione contabile già espressamente richiamate, si applica l'art. 160 Tuf e perciò la nuova disciplina in tema di incompatibilità che quest'ultima norma, pressoché interamente riscritta, contiene. Il nuovo art. 159, comma 3, introdotto con la lett. b) ha cura di specificare che l'art. 2409-*quater* c.c., norma destinata a disciplinare il conferimento e la revoca dell'incarico sul piano civilistico, non è applicabile agli emittenti quotati ed ai soggetti a questi assimilati²³. L'introduzione dell'art. 165-*bis* Tuf, prevista al punto 1) della norma, opportunamente allarga, infine, l'applicabilità della disciplina anche alle società che controllano società con azioni quotate e alle società sottoposte con queste ultime a comune controllo. Immeritatamente rivolte al superamento del conflitto di interessi sono, poi, le modifiche degli artt. 159 e 160 Tuf, introdotte dalle lett. b) e c). A tal fine da un lato, con riferimento alla posizione del cliente, si agisce

sulle norme che disciplinano nomina, revoca, durata dell'incarico e determinazione del compenso, dall'altro, con riferimento alla posizione della società di revisione, si individuano specifiche incompatibilità all'assunzione e alla prosecuzione dell'incarico. Nell'ottica di garantire un più efficiente *enforcement* delle norme, poi, con le modifiche introdotte alle lett. d), e) ed f) i poteri regolamentari della Consob, il sistema cautelare e quello delle sanzioni vengono significativamente rivisti e si individuano ulteriori presidi a tutela dei risparmiatori con la previsione dei controlli di qualità sulla società di revisione e di più penetranti norme per l'ipotesi di responsabilità. Inoltre, perché la revisione possa essere efficace, particolarmente rilevante è una chiara disciplina della revisione del gruppo. A tal fine, le lett. g) ed h) modificano l'art. 165 Tuf e introducono l'art. 165-*bis* Tuf, ridesegnando, per questa specifica ipotesi, poteri, doveri, responsabilità ed incompatibilità. In altra sede, disciplinando le sanzioni penali vengono inoltre, infine, norme tese a colpire più efficacemente la falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione e la corruzione dei revisori²⁴. Tutti i punti deboli della disciplina evidenziati dagli scandali finanziari vengono affrontati; il risultato è indubbio: la disciplina dei controlli esterni sull'informazione contabile viene significativamente rafforzata. Ciononostante si evidenzia, immediatamente, dalla dottrina e dalle stesse parti interessate dai mutamenti normativi, come in molti punti l'intervento, tanto atteso, pecca quanto a tecnica legislativa, appare spesso, e stranamente, non sufficientemente meditato²⁵.

²³ Questi punti sono disciplinati nei nuovi artt. 174-*bis* e 174-*ter* introdotti dall'art. 35, al cui commento si rinvia.

²⁴ Forse fuorviante, ma sicuramente significativa è la posizione di Guido Rossi che, all'indomani dell'entrata in vigore (cfr. *Il sole* 24 ore 17 gennaio

sono sempre le parti interessate che, in sede di una nuova «Indagine conoscitiva in merito all'attuazione della legge sul risparmio», spingono per ottenere correzioni. Si perviene alla stessa attuale delle norme Tuf grazie al d.lgs. n. 303 del 2006 che rivede in molti punti le norme appena corrette.

Non mancano tuttora sbavature, eccessi nella regolamentazione; sono questi i punti che all'interprete spetta sottolineare, quelli su cui maggiormente ci soffermeremo. Il legislatore, per dare attuazione alla nuova direttiva in materia di revisione contabile, tra breve sarà ancora chiamato ad intervenire su questa materia e potrebbe porvi rimedio.

³ In questa ottica si devono illustrare nel dettaglio le modifiche introdotte grazie alla nuova versione dell'art. 159 Tuf prevista alla lett. b) della norma in commento, modifiche ulteriormente riviste – come già ho ricordato – dal decreto attuativo che è intervenuto direttamente sulla norma riformata introdotta nel Tuf.

Appare immediatamente che il nuovo art. 159 Tuf riconosce, nella versione attualmente vigente, così come già avveniva nella versione presente nel decreto Draghi, due forme possibili di costituzione del rapporto tra società di revisione e cliente:

a) quella che trova la sua fonte esclusivamente nella volontà delle parti poiché è attribuito all'assemblea che approva il bilancio di esercizio, o a quella che sia stata convocata ai sensi dell'art. 2364-*bis*, comma 2²⁶, c.c. il potere di nomina della so-

cietà di revisione così come quello di approvare il compenso;

b) quella che trova la sua fonte in un atto della Consob poiché a questa è consentito intervenire di ufficio lì dove la società non abbia provveduto alla nomina; in questa ipotesi, la stessa Consob è chiamata a determinare il compenso.

Il legislatore, con il decreto attuativo, ha fatto un passo indietro rispetto a quanto previsto dalla legge sul risparmio ove si riconoscevano poteri più ampi all'organo di controllo pubblico. Il d.lgs. n. 303 del 2006 ha cancellato, infatti, il potere della Consob di impedire l'esecuzione della delibera di attribuzione dell'incarico nei venti giorni dal ricevimento dell'atto di nomina, per l'esistenza di una causa di incompatibilità o perché la società, cui era stato affidato l'incarico, non veniva ritenuta dall'organo di controllo tecnicamente idonea ad esercitarlo in relazione alla sua organizzazione ovvero al numero degli incarichi già assunti.

Il potere in discorso – occorre ricordarlo – previsto dal decreto n. 136 del 1975, era stato soppresso dal Tuf. La soppressione veniva giustificata dalla dottrina²⁷ sulla base del rilievo che le società di revisione sono (tutte) soggette ad un controllo preventivo al fine dell'iscrizione al albo e, quindi, non possono vedersi at-

per le società per azioni che non ricorrono al mercato di capitale di rischio – l'assemblea chiamata a deliberare sulla nomina della società di revisione in quelle ipotesi in cui, avendo la società scelto di adottare il sistema dualistico non vi è approvazione del bilancio da parte dell'assemblea. Essendo l'assemblea prevista dal 2364-*bis* individuata specificamente dal legislatore come un'assemblea ordinaria non può più ritenersi, d'altra parte, che la nomina della società di revisione debba avvenire in assemblea straordinaria (così, seppure dubitativamente, ROSSI, *Revisioni*).

²⁷ BALZARINI, sub art. 159, 1867; MONTALEN, *La società quotata*, 288. Va sottolineato che successivamente all'entrata in vigore del decreto n. 136 del 1975 alcuni Autori avevano suggerito di sottrarre alla Consob il potere di nomina della società di revisione. In questo senso cfr. CERBA, *La Consob*, 103.

ribuito l'incarico in caso di incompatibilità; d'altra parte, esse possono essere oggetto di provvedimenti interdittivi temporanei o permanenti da parte dell'organo di vigilanza. Non vi sarebbero ragioni, quindi, che giustificino l'esercizio di un potere discrezionale della Consob relativamente all'instaurazione del rapporto che imarrebbe oggetto di un contratto di diritto privato. Questo tipo di impostazione non è condivisibile²⁸. La necessaria presenza di specifici requisiti per ottenere l'iscrizione all'albo e, quindi, il taglio della loro esistenza da parte dell'organo di controllo pubblico al fine di consentire l'iscrizione non può parificarsi alla verifica dell'esistenza dei presupposti di natura organizzativa e di eventuali incompatibilità che rendono quella società di revisione, pur idonea ad essere iscritta all'albo, idonea ad esercitare l'attività di controllo in una specifica società²⁹.

La scelta del decreto attuativo appare, perciò, da apprezzare se letta all'interno del nuovo contesto normativo e ciò anche se sembra crearsi un sistema zoppo, contrassegnato da un'assenza di controllo da parte della Consob sulla nomina. Tale carenza di potere è asimmetrica rispetto al ripristinato potere di controllo sulla revoca e al più ampio potere sostitutivo nella nomina di ufficio. Si crea un sistema, in altre parole, nel quale i controlli esercitati in sede di nomina e di revoca della società di revisione possono ritenersi equivalenti soltanto lì dove si assuma che l'organo di controllo pubblico può fare pieno affidamento sull'organo di controllo interno in sede di attribuzione dell'incarico³⁰.

Di asimmetria nella disciplina, a ben

vedere, non può parlarsi, perché i controlli esercitati dalla Consob in sede di esercizio del diritto di revoca da parte della società revisionanda — l'effettivo controllo dei controlli in sede di nomina — sono contrassegnati da caratteristiche simili nelle modalità di esercizio dei poteri di supervisione. In entrambe le ipotesi ritengo non si sia voluto escludere il controllo della Consob, ma garantirlo attraverso modalità diverse.

Per meglio chiarire questa posizione, è necessario andare per gradi. Va ricordato che la modifica normativa è stata richiesta dalla stessa Consob³¹, argomentando che, per un corretto esercizio del potere in discorso, essa avrebbe dovuto valutare, caso per caso, aspetti quantitativamente e qualitativamente complessi: l'esistenza di presupposti di natura organizzativa in capo alla società di revisione e eventuali cause di incompatibilità. Per garantire efficacia al controllo sarebbe stata essenziale la conoscenza nel continuo di elementi per loro natura dinamici che la Consob non avrebbe potuto raggiungere nei venti giorni concessi per l'esercizio della supervisione: l'attività di controllo che avrebbe potuto essere svolta (peraltro concentrata nella stagione delle assemblee societarie con conseguente impatto operativo di grande onerosità) avrebbe finito per concretizzarsi in un controllo meramente formale di attestazioni rese dalle società di revisione³². La valutazione di questi punti avrebbe dovuto trovare una più efficace ed efficiente collocazione nell'ambito della generale attività di vigilanza sulle società di revisione, attività che l'organo di controllo pubblico è chiamato ad esercitare sia in

via sistematica, sia in via episodica. Per mangono, infatti, ex art. 159, comma 6, Tuf, da un lato, il potere della Consob, di verificare l'esistenza di cause di incompatibilità, dall'altro, quello di accertare l'esistenza di irregolarità nello svolgimento del lavoro di revisione. Permane, ancora, la possibilità anche immediatamente dopo la nomina di revocare di ufficio la società di revisione nominata dall'assemblea invitando la società conferente a rivedere la sua scelta e, nel caso che l'assemblea non provveda entro trenta giorni, il potere di nominare di ufficio una nuova società di revisione.

Ciò induce a ritenere non casuale che, fra le novità introdotte per effetto del d.lgs. n. 303 del 2006, vi sia l'attribuzione del potere di proporre la nomina della società di revisione all'organo di controllo e che il potere in discorso sia accompagnato dall'obbligo di motivare la proposta in sede assembleare. Si innova anche su questo punto rispetto alla disciplina contenuta nella legge sul risparmio adottando una soluzione che, a detta della Relazione al decreto attuativo, intende attribuire all'organo di controllo della società un ruolo più significativo nei confronti del revisore esterno sganciandolo, in un momento saliente, dalla possibile sudditanza nei confronti dell'organo di gestione. Le critiche alle modifiche apportate dal legislatore delegato nel meccanismo di nomina³³ appaiono poco condivisibili. Non va-

l'obiettivo che la nuova formulazione della norma crea un sistema meno omogeneo, poiché, per le società che non fanno appello al mercato del capitale di rischio, la nomina è demandata ad una proposta dell'organo amministrativo e viene approvata dall'assemblea sentito il collegio sindacale (art. 2409-*quater* c.c.). A ben vedere la differenza nella disciplina, che non è detto permana con l'attuazione della nuova ottava direttiva, è giustificata dalla presenza di più ampi interessi degni di tutela e dalla differente funzione che, in considerazione degli stessi, è sicuramente riconoscibile nell'organo di controllo delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Seppure, del resto, la nuova versione dell'ottava direttiva non esclude la possibilità che la nomina sia basata su una raccomandazione formulata dal comitato per il controllo interno e per la revisione contabile e, quindi, che la proposta possa provenire

²⁸ FORTUNATO, *La società*, 814 ss.; IRACE, *L'azienda*, 1180; TRON, *sub art. 159*, 862; RORDORF, *La revisione*, 133.

²⁹ Uno spunto in questo senso è già in MINERVINI, *La Consob*, 69.

³⁰ Così FORTUNATO, *La nuova legge*, 8.

³¹ Cfr. CARDIA, *Audizione 27 settembre 2006*.

³² E quanto avveniva — ricorda RORDORF, *La revisione*, 133 — ai tempi in cui alla Consob era riconosciuto il potere. Molto raramente, l'organo di controllo pubblico in quegli anni si era avvalso del potere di bloccare la nomina di una società di revisione.

³³ La scelta è stata, immediatamente criticata dall'Assirevi che, nella sua audizione del 26 settembre 2006, sottolineava che:

(i) determina rischi di influenza da parte di uno dei soggetti controllori (l'organo di controllo interno, per l'appunto) sull'altro (il revisore esterno), con inevitabili conseguenze sotto il profilo della loro reciproca autonomia ed indipendenza, nonché dell'interazione dei controlli di rispettiva competenza;

(ii) fa venir meno l'attuale sistema di confronto dialettico e di autonomia realizzato dalla disciplina vigente, che prevede il monitoraggio da parte del

collegio sindacale (o dei corrispondenti organi di controllo previsti nei sistemi monistico e dualistico) delle scelte effettuate dal consiglio di amministrazione;

(iii) pare affidare all'organo di controllo interno la definizione della durata e degli altri termini contrattuali dell'incarico, in palese incongruenza con il sistema che non prevede, in linea di principio, l'attribuzione a tale organo di competenze di natura gestoria/operativa;

(iv) non risulta in linea con le previsioni e le finalità dell'VIII direttiva che, dopo aver previsto, all'art. 37 che «il revisore legittimo l'impronta di revisione contabile sono designati dall'assemblea generale degli azionisti o dei membri dell'ente sottoposto alla revisione contabile», aggiunge che «gli Stati membri possono prevedere altri sistemi o modalità di designazione [...] purché tali sistemi o modalità mirino ad assicurare l'indipendenza del revisore legale o dell'impronta di revisione rispetto ai membri esecutivi dell'organo di amministrazione o all'organo di direzione dell'ente sottoposto alla revisione contabile»; all'art. 41, comma 3, specifica che la proposta di nomina della società di revisione può provenire dall'«organo di amministrazione» o dall'«organo di controllo», chiarendo che, in quest'ultimo caso, «è basata su una raccomandazione formulata dal comitato per il controllo interno e per la revisione contabile».

dell'organo amministrativo³⁴, la precisazione, contenuta nell'art. 41, sembra riferirsi alle società in cui manca un organo di controllo interno differenziato, in altre parole, a quanto avviene, nelle *companie* del Regno Unito e, per il nostro ordinamento, nelle società che adottano il sistema monistico³⁵. Non credo, ancora, che il potere di proposta riconosciuto all'organo di controllo comporti un'ingiustificata ingerenza di questo nella gestione per l'elementare considerazione che non si tratta di una scelta di tipo gestionale e non vi è, d'altra parte, per le modifiche previste nella disciplina della durata dell'incarico³⁶, alcun potere di definire né la durata dell'incarico, né di determinare la retribuzione attraverso una contrattazione del tutto autonoma³⁷. Non può dirsi, infine, che l'attribuzione del potere di proposta all'organo amministrativo e la previsione di un parere sulla proposta dell'organo di controllo interno, avrebbe garantito in maniera più efficace l'indipendenza in ragione del monitoraggio da parte dell'organo di controllo delle scelte effettuate dal consiglio di amministrazione. La nuova disposizione va letta nel quadro

³⁴ Lo sottolinea FORTUNATO, *La revisione*, 8.

³⁵ Il Codice di autodisciplina delle società quotate al punto 8C3 d) prevede che sia il comitato di controllo interno a valutare le proposte per l'affidamento dell'incarico alla società di revisione ma in esso si ha anche cura di raccomandare nel Comitato al punto 8 un coordinamento tra l'attività del comitato per il controllo interno ed il collegio sindacale chiarendo che lì dove questo coordinamento viene realizzato la valutazione può farsi anche da parte del collegio sindacale a patto che avvenga secondo modalità equivalenti che consentano al consiglio di amministrazione di trovare nei lavori del collegio sindacale adeguata disamina delle materie oggetto delle proprie responsabilità.

³⁶ Sul punto cfr. *infra*, § 7.

³⁷ Auspicavano un cambiamento della norma nel senso di prevedere la scelta dell'assemblea all'interno di una terra di società di revisioni proposte dall'organo di controllo la Commissione Gadgano sulla trasparenza e PRESTI, *Il sistema*, 308.

dell'art. 159 Tuf così come rivisitato dagli interventi della legge sul risparmio e del decreto attuativo, in un quadro, quindi, in cui, in nome dell'esistenza di interessi pubblici degni di tutela, si rafforza il ruolo di vigilanza della Consob prevedendo che la società invii, con la delibera di nomina, anche le motivazioni dell'organo di controllo che accompagnano la proposta. La novità solo *prima facie* può non apparire rilevante. L'art. 159 Tuf nella versione contenuta nel decreto Draghi, in realtà, già richiedeva un "parere" del collegio sindacale per l'adozione della delibera, "parere" la cui mancanza – secondo parte della dottrina – determinava un vizio proceduralmente tale da condurre all'annullabilità della deliberazione³⁸, la lettera della norma non faceva parola, però, di una vera e propria motivazione del parere in discorso ritenendosi, probabilmente, che l'obbligo di motivare avrebbe imposto ai sindaci una valutazione di merito e non di legittimità su una scelta che veniva ritenuta di competenza degli amministratori. La giurisprudenza – chiamata a decidere su di un caso di revoca della società di revisione – aveva sostenuto che quella dei sindaci era una mera dichiarazione di scienza e, perciò, la mancanza, l'insufficienza o l'erroneità della motivazione non potevano considerarsi vizi della deliberazione di affidamento o revoca dell'incarico³⁹. Qualche contenuto dispositivo in più circa i contenuti del parere era previsto sul piano regolamentare. Il Regolamento Emissivi [art. 146, comma 1, lett. c)] richiedeva l'invio alla Consob di un "parere del collegio sindacale previsto dall'articolo 159, com-

³⁸ In questo senso BAZZARINI, sub art. 159, 1875; MONTALENTI, *La società quotate*, 289; DONATI, sub art. 159, 1463; SANZO, sub art. 159, 2224; SALADINI *Il parere*, 416.

³⁹ Cfr. Trib. Novara, 26 novembre 2003, in *Giur. comm.*, 2004, II, 414 ss. con nota di SALADINI, *Il parere*, 416.

ma 1, Tuf, contenente valutazioni sull'interdipendenza della società di revisione e sulla sua idoneità tecnica, con particolare riguardo all'adeguatezza e completezza del piano di revisione e dell'organizzazione della società in relazione all'ampiezza e complessità dell'incarico da svolgere⁴⁰. Grazie alla nuova formulazione dell'art. 159 Tuf, si sposta questa previsione regolamentare sul piano normativo. L'esistenza della norma consente però di superare le posizioni meno rigorose ancora presenti in dottrina; da un lato fa sì che l'assenza o l'insufficienza delle motivazioni possa determinare un vizio della delibera di nomina, d'altro, permette di ricostruire su più solide basi il rapporto tra l'organo di controllo della società revisionista e l'organo di controllo pubblico, rende evidente che il legislatore ha voluto offrire alla Consob uno strumento per esercitare il controllo dell'idoneità tecnica della società di revisione, mediato ma presumibilmente più efficiente in quanto l'organo di controllo interno è consapevole, per il ruolo che ricopre, del contesto entro il quale la società di revisione andrà ad inserirsi. Si conferma in questo modo il ruolo attribuito all'organo di controllo dall'articolo 149 comma 3 Tuf: «organo referente nei riguardi dell'Autorità di vigilanza»⁴¹.

⁴⁰ Per un commento della disposizione cfr. CAROZZOLO, *Le norme*, 1385. È opportuno ricordare anche che ritiene debba avere analoghi contenuti anche il parere dell'organo di controllo richiesto dall'art. 2409-*quater*, DI CECCO, sub art. 2409-*quater*, 641.

⁴¹ Così con riferimento al sistema normativo introdotto dal Tuf FORTUNATO, *Il nuovo ruolo*, 14; IERMANO, sub art. 159, 1328; BAZZARINI, sub art. 159, 1876. La quale, però, sottolineava che il collegio sindacale non ha mezzi, strumenti e struttura idonei all'espletamento di funzioni analoghe a quelle svolte dagli *audit committee* dei paesi anglosassoni. Problema questo forse parzialmente superato grazie alla sopravvenuta riforma delle società di capitali e alla stessa legge di risparmio qui in commento. Quel che è certo è che in questo senso la norma oggi vigente viene letta dal-

Se questo quadro si condivide, se ne deve anche dedurre che la proposta di nomina non manca di monitoraggio; lì dove la Consob abbia motivo di ritenere, ricevuta la delibera, non adeguate le motivazioni che l'accompagnano, essa ha pur sempre il potere di attivare gli opportuni controlli grazie ai quali potrebbe arrivare a decidere di revocare, anche immediatamente, la nomina invitando la società a rivedere le sue decisioni. Quodora manchi un controllo sull'adeguatezza della struttura organizzativa e una verifica che non vi siano incompatibilità, ritengo che la Consob possa denunciare al tribunale l'organo di controllo interno ai sensi dell'art. 152, comma 2, Tuf⁴².

4. Ugualmente positivo è il giudizio sull'operato del legislatore quanto alla disciplina delle modalità di interruzione del rapporto con la società di revisione. Anche in questo caso, al fine di perseguire l'obiettivo del superamento del conflitto di interessi, era necessario introdurre delle modifiche all'art. 159 Tuf. È ciò che è avvenuto precisandosi, nel nuovo art. 159 Tuf, commi 2 e 6, che il rapporto può sciogliersi:

a) per volontà del cliente che revoca l'incarico in presenza di giusta causa;

b) per l'intervento dell'organo di controllo pubblico che procede ad una revoca di ufficio lì dove accerti l'esistenza di cause di incompatibilità o irregolarità nell'esercizio dell'attività di revisione.

Le modifiche riecheggiano ancora una volta i contenuti del decreto n. 136 del 1975 e precisamente il dettato, su questo punto, del suo art. 2, abrogato dal decre-

l'organo di controllo pubblico cfr. CARDIA, *Il ruolo*, 9.

⁴² Meno efficaci risultavano i poteri della Consob nella vigenza delle disposizioni del Tuf per l'assenza – in quel contesto normativo – del potere di revoca da parte dell'organo di controllo pubblico. Su questo sistema cfr., più ampiamente, IRACE, *L'intervento*, 1180.

to Draghi. La nuova disciplina ha, però, il pregio di definire più nettamente entambe le ipotesi. Innanzitutto, viene meglio definito il potere della società revisionanda di chiedere il rapporto, chiarendo, già sul piano normativo, non solo che non può costituire giusta causa la divergenza di opinioni rispetto a valutazioni contabili o a procedure di revisione, ma anche, grazie agli ulteriori cambiamenti introdotti nella norma dal d.lgs. n. 303 del 2006, che sulla revoca è possibile deliberare solo su proposta motivata dell'organo di controllo interno della società.

I controlli sull'esistenza della giusta causa saranno quindi, nel nuovo sistema normativo, su due livelli:

a) controlli effettuati da parte dell'organo di controllo interno della cui efficacia questo si assumerà la responsabilità nei contenuti delle motivazioni della proposta di revoca, motivazioni che, con la delibera dell'assemblea, dovranno essere inviate alla Consob;

b) controlli effettuati da parte dell'organo di controllo pubblico che — nel termine di 20 giorni — può rigettare la delibera che approvava la revoca e nominava contestualmente una diversa società di revisione per l'assenza di giusta causa.

Si applica, come già avveniva nella vigenza del decreto n. 136 del 1975⁴³, il principio del silenzio assenso, ma si restringono significativamente i poteri delle società di scegliere il contratto offrendo, al tempo stesso, alla società uno strumento efficiente — il controllo esercitato dall'interno — per intervenire tempestivamente lì dove effettivamente la giusta causa

⁴³ La norma contenuta nel d.p.r. n. 136 del 1975 era stata modificata dall'art. 15 del d.l. 27 gennaio 1992, n. 88 allargando le possibili cause alla Consob di revocare l'incarico di ufficio anche all'ipotesi che venisse meno, l'idoneità tecnica della società di revisione nel corso dello svolgimento dell'incarico.

esista essendo sopravvenute incompatibilità o inadeguatezze della struttura organizzativa della società di revisione o essendosi evidenziata irregolarità nello svolgimento dell'incarico⁴⁴. Sono offerte alla società di revisione le stesse garanzie previste in ipotesi di revoca per l'organo di controllo interno con la sola precisazione che qui è la Consob e non il tribunale il soggetto a cui spetta il definitivo accertamento circa l'esistenza della giusta causa⁴⁵.

L'efficacia della tutela dell'indipendenza delle società di revisione viene potenziata e ciò non solo rispetto a quanto previsto nel decreto Draghi⁴⁶ ma anche con riguardo a quanto veniva previsto dalla Consob in via regolamentare: un obbligo per l'organo di controllo interno di verificare l'esistenza della giusta causa e motivare il parere sulla revoca.

Continua a mancare, seppure più volte richiesto dall'Assirevi⁴⁷, un diritto di ricorso per la società di revisione in presenza di giusta causa. Non credo, però, si tratti di una pecca della disciplina. La Consob ha correttamente sottolineato, già ai tempi in cui era in vigore il decreto n. 136,

⁴⁴ L'obbligo di condizionare la revoca al parere del collegio sindacale introdotto dal Tuf veniva giudicato positivamente da TEZZON, *Ricognizione*, secondo il quale su questo punto i controlli endosocietari sono più efficaci di quelli eterosocietari.

⁴⁵ Sulle ipotesi di giusta causa e sulla tutela della società di revisione nel contesto del d.p.r. n. 136 del 1975 cfr. ROSSI, *Revisione*, 113 e BUSSOLETTI, *Società di professionisti*, 1087. Quanto ai possibili rimedi a disposizione della società di revisione in ipotesi di revoca in assenza di giusta causa si riteneva (BALZARINI, *sub artt. 159, 1874*) che, alla società di revisione spettasse il diritto di impugnare la delibera facendone valere la nullità ex art. 2379 essendo il comma 2 dell'art. 159 Tuf norma a carattere imperativo di ordine pubblico, attempata alla struttura ed al corretto funzionamento della società. Analogo è il discorso nella vigenza della disciplina attuale.

⁴⁶ L'assenza di controlli in sede di revoca della società di revisione veniva criticata in dottrina da FORTUNATO, *La società*, 815.

⁴⁷ Cfr. ASSIREVI, *Audizione*, 13 settembre 2006.

che la società di revisione non può rinunciare all'incarico assunto: l'incarico non ha carattere volontario e pertanto può solo essere revocato, dopo una valutazione della Commissione circa il venir meno dei presupposti che lo hanno originato⁴⁸.

5 Un ulteriore problema che ha trovato soluzione solo in sede di decreto attuativo è quello della nomina di ufficio della società di revisione nell'ipotesi che la società non provveda direttamente. Il potere in discorso infatti, già presente nel Tuf, poi cancellato dalla legge sul risparmio, è stato — opportunamente — ripristinato su esplicita richiesta della Consob⁴⁹.

Gli interrogativi che la dottrina si poneva nella vigenza del vecchio sistema normativo circa i confini del potere sostitutivo della Consob non sono stati, però, in alcun modo risolti. Non vi è dubbio — così come non vi era nel regime del decreto Draghi — che l'intervento dell'organo di controllo si possa considerare legittimo in tutte le ipotesi di assenza della delibera per omessa sottoposizione della nomina al vaglio dell'assemblea o per mancato raggiungimento del *quorum* richiesto. Non sono ancora chiare, però, le conseguenze qualora l'assemblea approvi una delibera invalida. In caso di nullità probabilmente è legittimo che la Consob impugni la delibera viziata ed eserciti il suo potere di nomina di ufficio. Più complessa continua ad apparire la soluzione nel caso di annullabilità della delibera. Questa, infatti, acquista efficacia al decorso dei tre mesi concessi per l'esercizio del diritto all'impugnativa ed in ogni caso il suo annulla-

mento fa salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. È da ritenersi, però, che la ratio della norma — escludere la possibilità che vi sia l'elusione dell'obbligo di assoggetramento alla revisione contabile — consenta di ritenere che il potere sostitutivo della Consob possa esercitarsi in tutti quei casi in cui, per una qualsiasi causa, non si sia potuto arrivare al conferimento dell'incarico.

Manca la previsione dei termini entro cui dovrà aversi l'intervento sostitutivo dell'organo di controllo. Identica carenza caratterizzava la disciplina nel sistema del Tuf. La Consob aveva ritenuto di potere e dovere intervenire con una disciplina regolamentare, dettata ai sensi del vecchio testo dell'art. 159, comma 8, b).

Il Regolamento emittente prevede, quindi, all'art. 148, che la Consob conferisca d'ufficio l'incarico di revisione e ne determini il corrispettivo, qualora la società obbligatoria non vi abbia provveduto, trascorsi sessanta giorni dal sorgere dell'obbligo, dalla scadenza di un precedente incarico ovvero dalla comunicazione prevista dall'art. 163, comma 5, Tuf. Sempre il Regolamento fissa nei quarantacinque giorni successivi alla scadenza il termine per la delibera della Consob⁵⁰.

Non credo che la disciplina regolamentare possa, su questo punto, ancora ritenersi ammissibile. Essa valeva a coprire l'assenza di previsioni sul piano normativo⁵¹ che non può più addebitarsi al legi-

⁴⁸ Il termine fissato nel Regolamento coincide con quello che era fissato, dal comma 9 dell'art. 2 del decreto n. 136 del 1975 così come modificato dal decreto n. 88 del 1992, perché la società cliente provvedeva alla nomina di un'altra società di revisione. Si prevedeva — prima dell'abrogazione della norma da parte del testo unico della finanza che scadeva questo termine l'organo di controllo dovesse provvedere di ufficio senza fissare alcun termine per il provvedimento della Consob.

⁵¹ Critiche alla previsione su questo punto di una disciplina regolamentare nel regime del Tuf

slatore poiché lì dove si è andato a discutere il potere della Consob di sindacare il provvedimento di revoca per giusta causa dell'incarico adottato dall'assemblea della società, si è indicato nell'art. 159, al comma 6, un termine (30 giorni) perché l'assemblea provveda alla nomina di una nuova società di revisione ed un ulteriore termine (ancora di 30 giorni) perché la Consob eserciti l'eventuale potere sostitutivo di nomina di ufficio nell'ipotesi che la società non decida sulla sostituzione. L'analogia esistente fra le due ipotesi porta a ritenere che analoghi devono essere i termini entro i quali va esercitato il potere sostitutivo della Consob nell'ipotesi che la nomina da parte della società non avvenga nell'assemblea ordinaria di approvazione del bilancio⁵². Il potere sostitutivo della Consob scaterà, quindi, 30 giorni dopo che l'assemblea tenuta a deliberare non abbia provveduto e dovrà esercitarsi nel giro di 30 giorni.

Spetterà alla Consob determinare, in via regolamentare, solo modalità e termini dell'invio delle delibere di nomina e della documentazione che le deve accompagnare. I termini fissati in via regolamentare dovranno raccordarsi con i termini su delimitati. E da presumere che — a meno che l'organo di controllo non intenda restringere eccessivamente il periodo concessogli

sono in DONATIVI, sub art. 159, 1458, secondo il quale sarebbe stata più coerente l'attribuzione alla Consob del potere di nomina di ufficio e la sola determinazione in via regolamentare del termine entro cui la Consob avrebbe dovuto emanare il relativo provvedimento.

⁵² Analogamente, MINERVINI, *La Consob*, 70, ragionando su di un contesto normativo che prevedeva un termine di 45 giorni alla società sottoposta a revisione per procedere alla sostituzione nell'ipotesi che la Consob avesse rilevato delle cause di incompatibilità e, quindi, disposto la revoca, riteneva quest'ultimo termine generalizzabile a tutti i casi di mancata approvazione dell'incarico, casi per i quali in quel contesto normativo non erano previsti termini per l'intervento sostitutivo.

per un eventuale intervento sostitutivo — questi termini saranno — per la società — particolarmente stringenti.

6. Sicuramente efficaci nell'ottica della garanzia dell'indipendenza del revisore sono le previsioni introdotte in materia di compensi dell'attività della società di revisione. Il nuovo art. 159 Tuf, comma 1, per l'ipotesi che la nomina avvenga da parte dell'assemblea della società, ha infatti cura di limitare il potere di questa alla sola "approvazione" del compenso, e di specificare che la sua corresponsione non potrà essere subordinata ad alcuna condizione circa i risultati della revisione, né potrà dipendere in alcun modo dalla prestazione di servizi aggiuntivi da parte della società di revisione⁵³. Il comma 7, lett. a) dell'art. 159 Tuf confische, invece, all'Autorità di controllo sul mercato il compito di stabilire i criteri generali per la determinazione dei compensi. Il quadro normativo è completato da quanto previsto dal nuovo comma 1-septies — introdotto nell'art. 160 dal punto c) dell'art. 18 — con cui si precisa che la misura della retribuzione dei dipendenti della società di revisione che partecipano all'attività di revisione non può essere determinata, neppure parzialmente, dall'esito delle revisioni compiute, dal numero di incarichi ricevuti o dall'entità dei compensi ricevuti dalla società.

Si cerca di prevenire, con la regolazione, la creazione di incentivi o disincentivi retributivi non allineati con una corretta prestazione dei servizi di *audit*⁵⁴. Particolare

⁵³ Le novità normative anticipano, ancora una volta, l'adempimento, di qui a breve necessario, ad una delle richieste della nuova ottava direttiva, ricalcando quanto previsto, all'art. 25 del provvedimento comunitario.

⁵⁴ FERRARINI, GIUDICI, *La legge*, 625; RORDORF, *Le società*, 133.

lamente rilevante e di particolare delicatezza è il potere riconosciuto alla Consob e ciò non solo per le caratteristiche di mercato oligopolistico che contraddistinguono il mercato dell'*audit*, ma anche per la difficoltà di individuare compensi adeguati a consentire un *audit* di buona qualità soprattutto in un contesto normativo contraddistinto dalla presenza delle molteplici incompatibilità introdotte nella nuova versione dell'art. 160 a salvaguardia dell'indipendenza. La nuova disciplina, seppure forse con una migliore precisione nel dettato delle norme, riporta nell'ordinamento prescrizioni già presenti nell'art. 2, comma 5, decreto n. 136 del 1975 ed abroga dal resto unico della finanza. Tali prescrizioni avevano già determinato l'intervento della Consob, una prima volta con la delibera n. 805 del 9 dicembre 1980, quindi con la Comunicazione Consob n. DAC/RM/96003556 del 18 aprile 1996⁵⁵ che l'aveva sostituita. E da presumersi che la Consob si muoverà, nell'attuazione dell'art. 18, seguendo sostanzialmente le linee presenti in quei suoi provvedimenti. Ancora oggi, del resto, nei contratti proposti dalle società di revisione, si fa riferimento — per l'individuazione dei compensi — ai criteri individuati dalla Consob nella sua Comunicazione del 1996.

7. L'obiettivo della salvaguardia dell'indipendenza è perseguito, ancora, attraverso nuove scelte normative in materia di durata dell'incarico. Tali scelte sono solo in parte condivisibili.

Il legislatore conferma, innanzitutto, l'obbligo di rotazione per la società, tradizionalmente applicato in Italia⁵⁶, ma e-

straneo all'ordinamento in gran parte dei paesi capitalistici⁵⁷ per i costi che la sua applicazione comporta, costi non sufficientemente bilanciati dalla certezza di garantire una revisione più attendibile⁵⁸. La scelta è tanto più incomprensibile se si considera che accanto alla rotazione della società di revisione è stata prevista anche quella del responsabile della revisione (art. 160, comma 1-*quater*). Il nostro paese ha scelto, in questo modo, un regime normativo sensibilmente più severo rispetto a quello imposto negli altri paesi

nella comunicazione DAC/36058 del 12 maggio 2000, che doveva intercorere un periodo minimo di 3 anni, corrispondente alla durata istituzionale dell'incarico di revisione, prima che l'incarico potesse essere di nuovo conferito.

⁵⁷ Oltre a non essere prevista negli Stati Uniti la regola è assente anche nell'UE. Nel Regno Unito, in Irlanda, Olanda, Germania, Svezia, Portogallo, Norvegia, Francia, Danimarca, Finlandia e Grecia non è prevista. In Austria è stata abolita con la revisione della disciplina (GS/RG 2005) che ha modificato gli articoli dell'*Austrian Commercial Code* in materia di *auditing* (§ 271a HGB), in Spagna — dove la regola a tempo certo — dal 1995 è prevista la possibilità di un incarico biennale che può, però, essere rinnovato anche se solo annualmente. Per un quadro esauritivo delle posizioni dottrinali su questo punto cfr. CAMERANI, DI VINCENZO, MERLOTTI, *The audit firm*, oltre che gli studi inglesi e americano citati alla nota successiva.

⁵⁸ La previsione di un obbligo di rotazione per le società di revisione è stata rimessa in discussione di recente, sia in Inghilterra che negli Stati Uniti, lì dove si è andati a disciplinare i controlli di *auditing*. In entrambi i sistemi normativi è stata esclusa dopo puntuali analisi dei costi e dei benefici che all'introduzione dell'obbligo si sarebbero potuti ricongiungere. Cfr. per l'Inghilterra lo studio commissionato all'ICAEW (*Mandatory rotation*) e per gli Stati Uniti lo studio richiesto al GAO dalla Sect. 207 del SOA (GAO, *Required Study*). Va dato conto, comunque, che negli Stati Uniti, pur dopo che il documento è stato reso pubblico, non sono mancate voci a sostegno dell'introduzione di un obbligo di rotazione della società di revisione, cfr. KAPLAN, *The Mother*, 370 che significativamente scrive: "Rotating only the lead and reviewing partners within the same auditing firm gets the client some new eyes, but those new eyes are still looking through the same glasses".

⁵⁵ Vedila nel sito dell'organo di controllo: *www.consob.it*.

⁵⁶ Nel decreto n. 136 del 1975 il periodo di *cooling off* era di 5 anni. Questo termine non era stato replicato nel Tuf, ma la Consob aveva precisato,

europei e ciò senza esservi obbligato né dalla Raccomandazione UE né dalla nuova VIII direttiva che consente l'introduzione alternativa dell'uno o dell'altro obbligo.⁵⁹

In realtà è fuori discussione che il problema della eccessiva inimità con la società revisionata e i suoi esponenti si pone sia per la società incaricata della revisione, sia per il responsabile della revisione⁶⁰ e che, rispetto al semplice obbligo di scambio della clientela tra i soci della medesima società di revisione, il sistema della rotazione della società offre il vantaggio di sottrarre più nettamente i revisori alla minaccia di un mancato rinnovo dell'incarico e stimola la competitività favorendo il ricorso a emittenti di minori dimensioni.⁶¹ Ugualmente certo è, però, che è alto il rischio che i costi economici e, soprattutto, quelli in termini di qualità dell'*auditing*, andranno a ripercuotersi sulle società revisionate e, indirettamente, sugli stessi risparmiatori che si vorrebbero tutelare.⁶²

Il problema della qualità dell'*auditing* è centrale anche per valutare nei contenuti gli obblighi di rotazione oggi previsti. Non può non sottolinearsi l'incedere indeciso del legislatore che, con la modifica dell'art. 159 contenuta nella lett. b) dell'art. 18, è intervenuto una prima volta, rivedendo poi nuovamente la disciplina con una nuova modifica dell'art. 159 nel

⁵⁹ Lo sottolinea anche l'ASSIREVI, pur essendo stata sostenitrice della rilevanza dell'obbligo di rotazione per la società di revisione: cfr. ASSIREVI, *Audizione 13 settembre*.

⁶⁰ Così PRESTI, *Il nota*, 30; FERREARINI, GIUDICI, *La legge*, 621; e, con riferimento all'esperienza americana, KAPLAN, *The Mother*, 370.

⁶¹ TONELLO, *Corporate governance*, 530; PRESTI, *Il sistema*, 310.

⁶² Per un'analisi dell'impatto del sistema di rotazione della società di revisione sulla qualità dell'*Audit* e sui prezzi, nel contesto italiano, cfr. CAMERAN, LIVATINO, PECCHIARI, VIGANO, *A Survey*.

d.lgs. n. 303 del 2006. Utile ad una maggiore comprensione dell'*iter* seguito può essere ricordare i diversi passaggi. La l. n. 262 del 2005 – in vigore a partire dal 12 gennaio 2006 – con formulazione effettivamente poco chiara, fissava la durata dell'incarico non più in tre ma in sei esercizi prevedendo che lo stesso non potesse essere rinnovato per più di una volta e a patto che fossero trascorsi almeno tre anni dalla data di cessazione dell'incarico precedente.⁶³ Non era chiaro, però, dalla lettera della norma se l'incarico potesse essere conferito per sei esercizi e immediatamente rinnovato per altri sei, se in altre parole il *cooling-off period* di tre anni scattava dopo il rinnovo o, piuttosto, già con la cessazione del primo incarico.⁶⁴ La

Consob, pur sottolineando l'esigenza di un'interpretazione autentica della norma, aveva ritenuto di intervenire con le Comunicazioni DEM 6025868, 6025869 e 6025871 del 23 marzo 2006.⁶⁵ La norma

⁶³ Era questa l'indicazione che era venuta dalla Relazione finale della Commissione di studio sulla trasparenza delle società quotate presieduta da Galgano, ove si osservava (17) anche che «si evita così che, al fine di ottenere il rinnovo, la società di revisione sia nella immediatezza della prima scadenza troppo ben disposta verso gli amministratori della società sottoposta a revisione oppure che la conferma dell'incarico divenga occasione per esercitare pressioni sui revisori ed interferire sulla loro attività».

⁶⁴ Già in occasione della seduta del 22 dicembre 2005 la Camera dei deputati aveva, approvato – lo ricorda VERRASCHINA, *Legge*, 669, nota 16 – uno specifico ordine del giorno nel quale si dava atto che la formulazione dell'art. 159, comma 4, presentava incertezze interpretative risultando incoerente con il nuovo art. 160, comma 1-*quater* e, conseguentemente, si impegnava il governo, fermo restando il principio della rotazione del responsabile della revisione, ad adottare le necessarie soluzioni interpretative volte a chiarire, in via transitoria, la possibilità del rinnovo del mandato per due volte consecutive; fatta salva la necessità che ogni ulteriore mandato non avrebbe potuto essere conferito se non fossero trascorsi almeno tre anni dalla cessazione del precedente.

⁶⁵ CARDIA, *Il nota*, 5.

⁶⁶ V. nel sito della Consob: www.consob.it. Per

– si precisava – va letta nel senso che alla scadenza dei sei esercizi l'incarico di revisione può essere immediatamente rinnovato per altri sei esercizi, scattando il *cooling off period* di 3 anni solo dopo la scadenza del periodo di rinnovo. Tale soluzione interpretativa – sosteneva l'organo di controllo pubblico – permette di garantire il coordinamento tra l'art. 159, comma 4 ed il nuovo art. 160, comma 1-*quater*, che, se si propendesse per una soluzione volta a sostenere la necessità di prevedere un intervallo temporale di almeno tre anni prima di poter rinnovare un incarico alla medesima società di revisione, risulterebbero tra loro in assoluto contrasto.

Il decreto attuativo fa chiarezza fissando la durata dell'incarico in un periodo unitario di nove anni e chiarendo che l'incarico potrà essere rinnovato o nuovamente conferito alla stessa società di revisione solo dopo che siano trascorsi almeno tre anni. La previsione di un periodo unitario per l'incarico pari a quello che in totale era ritenuto ammissibile nel precedente sistema normativo è per molti versi condivisibile.⁶⁷ Un più lungo periodo di permanenza nell'incarico ha il vantaggio di consentire al soggetto controllato di raggiungere una migliore conoscenza della società sottoposta a controllo⁶⁸ e l'assenza di rinnovi consente di

una critica a questo tipo di interpretazione cfr. VERRASCHINA, *Legge*, 665.

⁶⁷ Così già VELLA, *I controlli*, 27; LONGO, MACCHIAITI, *La qualità*, 268. La stessa Consob – ricorda Vella alla nota 33 – ha sostenuto l'opportunità di eliminare il vincolo del rinnovo dell'incarico in quanto non è certo che questa disposizione sia di per sé volta ad assicurare l'indipendenza dei revisori (cfr. CONSOB, *Il sistema*, 59).

⁶⁸ Vi sono coloro che ritengono che una durata dell'incarico sufficientemente lunga migliori i risultati della revisione (così ASSIREVI, *Audizione* 16 febbraio 2004, 8 e COMMISSIONE DI STUDIO SULLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ QUOTATE, *Relazione finale*, 17); altra parte della dottrina ritiene, invece, che la permanenza dei controlli in capo alla stessa società di revisione può minare l'indipen-

eviare che la qualità del controllo decresca all'avvicinarsi del momento della scadenza dell'incarico ed esclude il rischio che la società di revisione possa subire manovre di tipo ricattatorio in prossimità della o delle scadenze da parte di una società cliente. Le diverse modalità di fissazione della durata dell'incarico previste nella legge sul risparmio – pur in presenza di un obbligo di rotazione del *partner* – sicuramente determinano maggiori pericoli per l'efficacia dei giudizi offerti al mercato, pericoli legati da un lato al decrescere della qualità dell'*audit* all'approssimarsi della prima scadenza e, dall'altro, all'elevata familiarità fra cliente e società di revisione che avrebbe caratterizzato gli ultimi anni dell'incarico.⁶⁹ Il cambiamento del *partner* non sarebbe valso, infatti, ad escludere che ci si continuasse ad avvalere della struttura organizzativa e del *team* della precedente società di revisione. Così riformulata, la norma può ricordarsi, d'altra parte, dal punto di vista temporale, con quanto previsto all'art. 160, comma 1-*quater*: è sufficiente prevedere che la sostituzione del *partner* avvenga ogni tre anni.

Un dubbio rimane, però, da superare: potrà effettivamente funzionare, all'interno di un mercato oligopolistico qual è quello dell'*auditing*, un sistema normativo di questo tipo? Si riuscirà, con la doppia rotazione, a rompere l'oligopolio senza incidere negativamente sulla qualità dell'attività di controllo?

8. La possibilità che non si vada ad incidere negativamente sulla qualità dell'*Audit* è condizionata anche dalla necessi-

denza (ROSSI, *Revisione*, 113; TEZZON, *Ricognizione della normativa*, 5).

⁶⁹ Era questa la soluzione che, sulla falsariga dell'incremento della Consob, ancora si ritrovava nello schema di decreto attuativo presentato al Consiglio dei ministri del 31 agosto 2006. Sul punto, fortemente critico è ROSSI, *La legge*, 14.

tà di coniugare il doppio obbligo di rotazione con le nuove incompatibilità previste dalla lett. c) della norma, qui in commento, che ha introdotto nuovi commi nell'art. 160 Tuf.

Occorre ricordare che il nostro ordinamento, a tutela dell'indipendenza della società di revisione, già prevedeva specifici incompatibilità all'assunzione dell'incarico. Altre forme di salvaguardia dell'indipendenza potevano riconoscersi negli interventi regolamentari della Consob. Sicuri limiti erano, però, riconoscibili nella disciplina.

Non essendo stato mai emanato il regolamento del Ministro della giustizia previsto dall'art. 160 Tuf, con cui si sarebbe dovuto definire le incompatibilità, l'indipendenza continuava ad essere garantita, a livello della singola società di revisione, da quanto previsto nell'art. 3 del d.p.r. n. 136 del 1975⁷⁰. L'incarico non poteva, quindi, essere conferito a società di revisione che si trovassero in situazioni di incompatibilità derivanti da rapporti contrattuali o da partecipazioni, a società i cui soci o amministratori o sindaci o direttori generali fossero parenti o affini entro il quarto grado degli amministratori, dei sindaci o dei direttori generali della società che conferiva l'incarico o di altri enti o società che la controllavano, oppure fossero amministratori o sindaci della società o enti che la controllavano, o lo fossero stati nel triennio anteriore, oppure prestassero o avessero prestato, nel trien-

nio anteriore, lavoro subordinato o autonomo o nella società che conferiva l'incarico o in enti che la controllavano, o, infine, si trovassero in una qualsiasi situazione che potesse compromettere la loro indipendenza. Ancora a salvaguardia dell'indipendenza era l'art. 6, comma 1, dlgs. n. 88 del 1992 (richiamato dall'art. 161 Tuf) per il quale l'oggetto sociale delle società di revisione doveva essere limitato alla «*alla revisione e alla organizzazione contabile della società*».

Nessuna di queste norme copriva i rischi per l'indipendenza che potevano nascere lì dove la società di revisione operasse all'interno di una rete formata da una pluralità di società o studi professionali. Le salvaguardie dell'indipendenza legate alla presenza di incompatibilità di tipo personale permettevano di evitare il conflitto di interesse solo nell'ipotesi che la società di revisione operasse isolatamente. La limitazione dell'oggetto sociale non garantiva giudizi non inficiati da conflitti, perché provenienti da un soggetto indipendente, lì dove servizi *no audit* fossero offerti da soggetti appartenenti alla rete.

D'altra parte, il decreto Draghi aveva abrogato il comma 2 dell'art. 3 del decreto n. 136 del 1975⁷¹ e non vi erano, quindi, più le limitazioni all'assunzione della carica previste specularmente a quelle del comma 1, vale a dire: il divieto di assumere l'incarico di amministratore o sindaco a carico di soci amministratori, sindaci e dipendenti della società cliente, di-

vieto che, anche quando era in vigore, a differenza di quanto, invece espressamente previsto nel comma 1, non si estendeva alle cariche in società controllate o controllanti⁷².

La Consob era intervenuta più volte al fine di contenere le minacce all'indipendenza che potessero scaturire da incompatibilità personali non esplicitamente vietate. Basti qui ricordare le Comunicazioni DAC/RM/96003558 del 18 aprile 1996, DEM/94875 del 27 dicembre 2000, DEM/10297755 del 20 aprile 2001 e DEM/3030464 del 12 maggio 2003, nelle quali si precisava che «*le società conferenti non dovranno avvalersi della consulenza o di altre prestazioni professionali fornite da società o studi che intrattengono rapporti in via continuativa con la società di revisione*»; si raccomandava alle società conferenti di «*evitare di nominare alle cariche sociali soggetti che facciano parte delle suddette società*»; infine, si imponevano obblighi di *disclosure* al collegio sindacale, chiedendogli di riferire all'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio notizie sull'eventuale conferimento di incarichi a soggetti legati alla società di revisione da rapporti continuativi e circa i relativi costi (art. 153 Tuf). Dai provvedimenti appena ricordati è palese che la Consob, in carenza del riconoscimento di un esplicito potere regolamentare, utilizzava per i suoi interventi lo strumento della comunicazione; ne derivava una diffusa inapplicabilità delle direttive impartite⁷³ senza che l'insosservanza potesse comportare alcuna

attività di tipo sanzionatorio. Le sanzioni, erano state, del resto, esplicitamente limitate sul piano normativo con le modifiche introdotte nel 1992 all'interno del d.p.r. n. 136 del 1975⁷⁴ e le possibilità di una loro applicazione erano state certamente significativamente ridimensionate con la soppressione, da parte del decreto Draghi, del potere di approvazione delle deliberazioni di conferimento dell'incarico e del potere di revoca di ufficio⁷⁵.

9. La norma in commento intende porre rimedio a queste carenze nella disciplina introducendo modifiche nell'art. 160 Tuf.

Si assegna alla Consob un amplissimo potere regolamentare. Si demanda all'organo di controllo il compito di definire le situazioni di incompatibilità al conferimento dell'incarico che avrebbero dovuto essere definite dal, mai emanato, Regolamento ministeriale e gli si attribuiscono poteri regolamentari in ordine ai criteri per stabilire l'appartenenza di un'entità alla rete di una società di revisione, di determinare le caratteristiche degli incarichi e dei rapporti che possono compromettere l'indipendenza della società di revisione, di stabilire le forme di pubblicità dei compensi che la società di revisione e le entità appartenenti alla sua rete hanno percepito, per ciascun incarico, distinguendo i compensi relativi agli incarichi di revisione da quelli riferiti alla prestazione di altri servizi. La Consob potrà anche, con prescrizioni o raccomandazioni, intervenire al fine di prevenire la possibilità che

⁷⁰ Il d.p.r. n. 136 del 1975, viene abrogato dall'art. 214, comma 1, lett. o), Tuf, ma si ha cura di specificare, al comma 2, lett. e) della stessa norma, che l'art. 3 continuerà ad essere applicato sino al momento in cui non verranno emanati i provvedimenti richiesti dall'art. 160 Tuf, fino a quando, cioè, non verranno definite con apposito decreto emanato dal Ministro della giustizia, sentita la Consob, le situazioni di incompatibilità che comportino l'impossibilità del conferimento dell'incarico.

⁷¹ L'abrogazione di questo comma veniva posta in dubbio dalla dottrina, ma si obiettava che se si vuole domandare se abrogazione vi sia stata o meno anche per questo comma è d'obbligo ragionare sulla ratio dell'abrogazione del comma 1; riconoscendola nell'avvenuta delegificazione della materia e nell'esigenza di evitare vuoti normativi, si conclude che non è possibile ritenere che la norma sia ancora in vigore poiché in questo caso non esisterebbe una *ratio* che giustifichi la mancata abrogazione. Sul punto cfr. BALZARINI, *sub art. 160, 1903*.

⁷² Per un'illustrazione puntuale di questa disciplina cfr. TRON, *sub art. 160, 864*.

⁷³ Il problema viene evidenziato dal direttore generale della Consob, TEZZON, *Ricostruzione*. La successiva Comunicazione n. 3021582 del 4 aprile 2003 tena di porvi un qualche rimedio prevedendo che qualora la società avesse attribuito incarichi in contrasto con le direttive della Consob, l'organo di controllo avrebbe dovuto evidenziarlo nel parere sulla proposta di nomina.

⁷⁴ A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 15 del dlgs. n. 88 del 1992, l'esercizio dei poteri della Consob era stato ristretto alla violazione del disposto del comma 1 dell'art. 3. Sul punto vedi, più ampiamente, PETRUCCI BUZZONI, *La disciplina*, 111.

⁷⁵ Cfr. APRIO, *sub art. 160, 1477*.

gli azionisti delle società di revisione o dell'entità appartenenti alla loro rete, nonché i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso le medesime, intervengano nell'esercizio dell'attività di revisione in modo tale da compromettere l'indipendenza e l'obiettività delle persone che la effettuano. Alla Consob spetta, infine, il potere di dettare norme dirette ad assicurare l'indipendenza delle persone incaricate della revisione e quello di imporre modifiche al *team* operativo anche solo ove ravvisi elementi tali da far dubitare della indipendenza delle persone dalla società sottoposta a revisione.⁷⁶

Il legislatore si preoccupa di individuare alcuni concetti. Così chiarisce che per "rete" si intende la struttura più ampia cui eventualmente appartenga la società stessa, e che si avvale della medesima denominazione o attraverso la quale vengono condivise risorse professionali; e specifica che sono comunque comprese nella rete le società che controllano la società di revisione, le società che sono da essa controllate, ad essa collegate o sottoposte con essa a comune controllo.⁷⁷

Vengono anche ridefinite le incompatibilità personali, introducendo specifici divieti di assunzioni o di incarichi reciproci se non decorso un triennio dalla cessazione delle situazioni di contiguità, da un lato, per i soci, esponenti e dipendenti del revisore (o delle società di gruppo, comprese le collegate), dall'altro, per la società soggetta a revisione o società dalla stessa controllata o ad essa collegata.

La ricostruzione del sistema è assai simile a quella indicata dalla Commissione Galgano sulla trasparenza, nel dettato del-

⁷⁶ FORTUNATO, *Fallimenti*, 932.

⁷⁷ Una definizione sostanzialmente analoga di rete è presente nell'art. 2, n. 7 della direttiva. La norma oggi presente nel nostro ordinamento se ne può considerare l'attuazione.

la Raccomandazione UE e nella direttiva comunitaria in materia di revisione contabile. L'opera riformatrice viene per la massima parte attuata riportando nell'ordinamento quanto era originariamente disposto dal decreto n. 136 del 1975; in molti punti, il nuovo dettato normativo supera però le carenze che, nel vigore di quella disciplina, erano state lamentate dalla dottrina. Il quadro è completato, con l'esplicito disposto del nuovo comma 1-*octies* introdotto nell'art. 160 Tuf, grazie al quale, in ottemperanza al dettato della direttiva, si individuano sanzioni irrogabili dalla Consob per l'inottemperanza ai divieti.

E' indubbio che l'insieme di queste disposizioni rafforzi l'indipendenza dei revisori. I divieti posti all'assunzione della carica sono, ancora una volta, fissati in maniera più stringente di quanto previsto nella direttiva dell'Unione Europea. L'esistenza di un conflitto di interessi viene riconosciuta anche in situazioni in cui non è detto sicuramente sussista, in situazioni in cui la posizione occupata dal revisore all'interno della società controllata e/o collegata non potrebbe consentirgli di incidere in alcun modo sui controlli di *audit* e, quindi sulla formazione del giudizio di revisione.⁷⁸

C'è da chiedersi se l'ampio potere regolamentare concesso alla Consob per definire le incompatibilità che possano influire sull'indipendenza possa consentire all'organo di controllo pubblico di indivi-

duare possibili eccezioni ai divieti previsti sul piano normativo disciplinandone l'applicabilità. E' inutile dire che se ciò non avverrà sarà complessa l'individuazione della società di revisione e dei responsabili dell'attività di controllo, con il rischio che anche queste norme rese a garantire l'affidabilità dei giudizi si trasformino in un *boomerang*, determinando un abbassamento nella qualità dell'*audit*.

10. Le stesse perplessità suscita l'introduzione - a salvaguardia dell'indipendenza - del comma 1-*ter* nell'art. 160 Tuf. Il nuovo comma, in un elenco puntato, non solo "ispirato" al modello del SOA, ma ripreso, quasi alla lettera, dalla legge americana. Esso individua i servizi che è vietato fornire all'emittente che ha conferito l'incarico e alle società che sono da esso controllate o che le controllano o sono sottoposte a comune controllo da parte della società di revisione, delle entità appartenenti alla rete della medesima. Il divieto si applica anche se i servizi sono offerti da soci, amministratori, componenti degli organi di controllo e dipendenti della società di revisione e delle società da essa controllate, ad essa collegate o che la controllano o sono sottoposte a comune controllo.⁷⁹ Il trapianto dall'elenco delle attività dalla legge americana appare talmente fedele da potersi considerare addirittura acritico: in certi casi sembra non tenere conto delle diversità esistenti fra i due ordinamenti.⁸⁰ Non si considera che le scel-

te normative contenute nel SOA in materia di divieti di servizi non *audit* non sono andate esenti da critiche, che il dibattito sull'efficacia dell'introduzione dei divieti in discorso è, anzi, particolarmente vivace e stanno prevalendo le posizioni di coloro che ritengono che il divieto è un errore, poiché non vi è una reale connessione tra lo svolgimento contestuale di servizi non *audit* e una cattiva qualità del controllo contabile.⁸¹ Per quel che qui in particolare ci riguarda sembra ignorarsi che il modello americano è designato all'interno di un quadro normativo che non conosce per le società di revisione il limite dell'oggetto sociale. L'operare in rete, negli Stati Uniti, non viene imposto dalla disciplina, ma deriva soltanto da una scelta di tipo imprenditoriale.⁸² I divieti di offrire servizi non *audit* presenti nel SOA devono essere letti in considerazione anche della

stato dichiarano incompatibile il servizio di intermediazione in titoli, la consulenza ed i servizi bancari d'investimento, nonostante che l'intermediazione in titoli sia comunque vietata dal nostro ordinamento alle società di revisione sia per il limite dell'oggetto esclusivo, sia per quanto stabilito dall'art. 19 Tuf; la locuzione servizi bancari di investimento è ignota al nostro ordinamento che prevede che le banche possano svolgere attività di investimento (attività loro riservata).

⁷⁸ Così ROMANO, *The Sarbanes-Oxley Act*, 1535 che riporta, in allegato al suo lavoro nella tabella V a p. 1564, una sintesi della letteratura economica su questo punto. *Contra*: KAPLAN, *The Monitor*, 374.

⁷⁹ La disciplina contenuta nel SOA fa solo indiretto riferimento, oltre che alle società di revisione, anche alle "persone ad esse associate", categoria nella quale vengono incluse (Sec. 2, n. 9) - tra l'altro - tutte le persone (fisiche o giuridiche) che esercitano un'attività per conto della società di revisione e solo in questo senso può includere le società facenti parte del *network*. L'estensione del campo di applicazione della disciplina è richiamata nelle disposizioni concernenti il divieto di esercizio da parte delle società di revisione di attività non *audit* e infatti previsto che la SEC possa applicare tale divieto anche alle "persone associate alla società di revisione", nei limiti che riterrà opportuni (Sec. 201, a).

⁸⁰ Così, esplicitamente FERRARINI, GIUDICI, *La legge*, 617, che sottolineano come ad esempio sia

⁸¹ USA, *I requisiti*, 135, auspicava la costruzione di un sistema normativo in cui, al fine di garantire l'indipendenza in modo ottimale, fosse presente un elenco di specifiche cause di incompatibilità legali atte a tipizzare le situazioni più eclatanti di minaccia all'obiettività del revisore e al tempo stesso una norma di chiusura simile al comma 1 dell'art. 3 del decreto 136.

suddetera peculiarità, sicché occorre chiedersi quale valenza possa assumere una loro trasposizione nel nostro sistema che potrebbe ancora caratterizzarsi dalla obbligatoria limitazione dell'oggetto sociale e, quindi, dall'impossibilità, per definizione, di offrire da parte della società di revisione ai propri clienti servizi diversi da quelli riconducibili alla «revisione ed organizzazione contabile». La difficoltà di coniugare la limitazione dell'oggetto con il divieto – previsto non soltanto per i soggetti che appartengono alla rete ma in *primis* per la stessa società di revisione – di prestare specifici servizi non *audit* è evidente.

Una possibile lettura del comma 1-ter dell'art. 160 è quella per cui il limite nell'oggetto previsto dal decreto 88/92, pur non espressamente abrogato, sarebbe stato sostituito dalle limitazioni di attività previste nel nuovo art. 160, comma 1-ter e da quelle che, ad integrazione dell'elenco, verrebbero individuate dalla Consob con il Regolamento di prossima emanazione di cui al nuovo art. 160, comma 1, Tuf. Il preesistente modello di regolazione sarebbe stato sostituito da uno più moderno, che meglio si attaglia alla considerazione dell'operatività in rete. Le limitazioni, infatti, attraverso l'indicazione specifica di servizi vietati, possono più agevolmente allargarsi alle entità appartenenti alla rete della medesima, a soci, amministratori, componenti degli organi di controllo e dipendenti della società di revisione stessa e delle società da essa controllate, ad essa collegate o che la controllano o sono sottoposte a comune controllo ed impedire l'offerta nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione, delle società da essa controllate o che la controllano o sono sottoposte a comune controllo.⁸³

Non è detto, però, che questa lettura della norma si affermi.

Altra parte della dottrina⁸⁴ ritiene che i divieti in discorso si affianchino alla limitazione dell'oggetto.

Quali potranno essere gli effetti di questo proliferare di divieti sul mercato dell'*auditing*? La possibilità che valgano a stimolare la competitività è esile, non vale a giustificare l'impoverimento nella qualità dei servizi che potrà discendere da un sistema così strettamente regolamentato.

Tuttavia esiste qualche speranza che possano esservi delle correzioni del tiro. Alla Consob spetta il compito di delineare i criteri secondo i quali ricostruire la rete cui la società di revisione appartiene, più specifiche regole in materia di incompatibilità all'assunzione della carica e di indipendenza. Attraverso queste competenze potrebbero ridefinirsi anche i divieti in funzione del loro reale obiettivo di garantire la salvaguardia dell'indipendenza.

Bisognerà attendere questi regolamenti per poter dare un giudizio definitivo sulla nuova disciplina.

Bibliografia

- ABRIANI N., *Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, in *Società*, 2004, 269.
- APPIO C.L., *sub art. 160*, in *Commentario al Tuf* diretto da G. Alpa, F. Capriglione, Cedam, Padova, 1998, 1475.
- ARRUNDA B., *Auditing Failure and the Crisis of Auditing*, in *European Business Organizations Law Review*, 2004, 635.
- ASSIREVI, *Audizione del 16 febbraio 2004 Indagine conoscitiva sui rapporti tra il sistema*

delle imprese e i mercati finanziari, in *www.assirevi.it*.

ASSIREVI, *Audizione del 13 settembre 2006 Indagine conoscitiva sull'attuazione della legge sul risparmio*, in *www.assirevi.it*.

ASSONIME, *Le nuove disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari: il commento dell'Assonime* (circolare n. 12/2006), in *Riv. società*, 2006, 445.

BALZARINI P., *sub art. 159*, in *La disciplina delle società quotate nel Tuf. Commentario al d.lgs. 24 febbraio 1998*, n. 58 a cura di P. Marchetti, L.A. Bianchi, Il, Giuffrè, Milano, 1871.

BALZARINI P., *sub art. 160*, in *La disciplina delle società quotate nel Tuf. Commentario al d.lgs. 24 febbraio 1998*, n. 58, cit., 1900.

BUSSOLETTI M., *Le società di revisione*, Giuffrè, Milano, 1985.

BUSSOLETTI M., voce *Società di professionisti*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1990, 1071.

BUSSOLETTI M., *La nuova disciplina del controllo contabile*, in *La nuova disciplina dei bilanci di società* a cura di M. Bussolletti, Giappichelli, Torino, 1993, 141.

BUTA G.M., *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle S.P.A.*, Giappichelli, Torino, 2005.

CAMERAN M., LIVATINO M., PECCHIARI N., VIGANO A., *A Survey of the Impact of Mandatory Rotation Rule on Audit Quality and Audit Pricing in Italy*, in *www.sabocconi.it/osservatoriorrevisione*.

CARATTOZZIO M., *Le norme sulla revisione contenute nel Regolamento emittenti della Consob (seconda parte)*, in *Società*, 1998, 1383.

CARDIA L., *Audizione 20 gennaio 2004. Indagine conoscitiva sui rapporti tra il sistema delle imprese, i mercati finanziari e la tutela del risparmio*, in *www.consob.it*.

CARDIA L., *Audizione 27 settembre 2006 «Indagine conoscitiva sull'attuazione della legge sul risparmio»*, in *www.consob.it*.

CARDIA L., *Il ruolo della Consob nel nuovo assetto legislativo: attività di vigilanza e attività di prevenzione*. Intervento al convegno su «La nuova legge sul risparmio: funzionamento del mercato e tutela degli investitori» Milano 29 marzo 2006, in *www.consob.it*.

CERA M., *La Consob*, Giuffrè, Milano, 1986.

CHIESKI J., WEIRICH T.R., *Ups and Downs of audit Fees Since the Sarbanes-Oxley Act – A Closer Look at the Effects of Compliance*, in *The C.P.A. Journal*, 2006, 28.

COFFEE J.C., JR., *Understanding Enron: It's about the Gatekeepers Stupid*, in *Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies*, Working Paper No. 207, in *www.srn.com*.

COMMISSIONE DI STUDIO SULLA TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ QUOTATE, *Relazione conclusiva*, in *www.tesoro.it*.

COMITTEE ON CAPITAL MARKET'S REGULATION, *Report of the Committee on Capital Markets Regulation*, in *www.capmkstreng.org*.

CONSOB, *Il sistema della revisione e certificazione dei bilanci. Attualità e ipotesi di modifica*, in *Quaderni di finanza*, 1992.

CONSOB, *Relazione per l'anno 2005*, in *www.consob.it*.

CUSA E., *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale*, Trento, 1997.

DI CECCO G., *sub art. 2409-quater*, in *La riforma delle società* a cura di V. Santoro, M. Sandulli, Giappichelli, Torino, 2003, 641.

DI STASO M., *Il caso Parmalat*, in *Quaderni Centri in www.archivocentri.it*.

DONATIVI V., *sub art. 159*, in *Commentario al Tuf* diretto da G. Alpa, F. Capriglione, Cedam, cit., 1452.

EINSENBURG T., MACEY J.R., *Was Arthur Andersen Different? An Empirical Examination of Large Clients*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 2004, 263.

ENRIQUES L., *Bad Apples, Bad Oranges: A Comment From Old Europe On Post-Enron Corporate Governance Reforms*, in *www.associazionepretite.it*.

FERRARINI G., GIUDICI P., *La legge sul risparmio, ovvero un port-paventi della corporate governance*, in *Riv. società*, 2006, 617.

FERRARINI G., GIUDICI P., *Financial Scandal and the Role of Private Enforcement: the Parmalat Case*, in *www.srn.com*.

FIMMANO F., *I gap di informazione e controllo nei crack Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Società*, 2004, 401.

⁸³ In questo stesso senso FERRARINI, GIUDICI, *La legge*, 619.

⁸⁴ PRESTI, *Il sistema*, 311.