IL BILANCIO ILLUSTRATO AGLI AVVOCATI DAI COMMERCIALISTI –V° INCONTRO

La responsabilità dei sindaci e del revisore legale dei conti in relazione a elementi di allarme emergenti dal bilancio.

Torino - 10 febbraio 2021

Struttura dell'intervento

Sez I	**La posizione di garanzia del sindaco: fondamento ed estensione**

Sez II	**I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità penale**

Sez III	**Caso concreto**

La posizione di garanzia del sindaco

A differenza del **consulente esterno**
(cfr. IV incontro del 27.1.2021), il **sindaco** è:

1. **soggetto attivo** nell'ambito delle principali fattispecie criminose societarie / fallimentari :

art. 2621 c.c. - *False comunicazioni sociali*

*gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i **sindaci** e i liquidatori, i quali ...*

Art. 223 R.D. 16.3.1942, n. 267 - *Fatti di bancarotta fraudolenta*

*Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai **sindaci** e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali ...*

art. 224 R.D. 16.3.1942, n. 267 - *Fatti di bancarotta semplice*

*Si applicano le pene stabilite nell'art. 217 agli amministratori, ai direttori generali, ai **sindaci** e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali ...*

La posizione di garanzia del sindaco

... ed anche ...

2. titolare di una **posizione di garanzia** in ordine all'integrità del patrimonio sociale, con conseguente configurabilità di una **responsabilità di carattere omissivo** ai sensi dell'**art. 40 cpv c.p.**

Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo

Si tratta dell'ipotesi (concorso *ex* artt. 110, 40 cpv c.p.) di gran lunga più ricorrente nella prassi

La posizione di garanzia del sindaco

FONDAMENTO ➔ art. 2403 ss. c.c.

I. art. 2403 – Doveri del collegio sindacale

Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei princìpi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

II. art. *2403-bis* – Poteri del collegio sindacale

I sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo.

III. art. 2406 – Omissioni degli amministratori

In caso di omissione o di ingiustificato ritardo da parte degli amministratori, il collegio sindacale deve convocare l'assemblea ed eseguire le pubblicazioni prescritte dalla legge.

IV. art. 2407 - Responsabilità

I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio.
Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

V. art. 2409 - Denunzia al Tribunale*

I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale ...

** anche nelle s.r.l. (Cass. 44107/2018, Machieraldo)*

La posizione di garanzia del sindaco

CARATTERE E LIMITI

I componenti del collegio sindacale concorrono nel delitto di bancarotta commesso dall'amministratore della società anche per omesso esercizio dei poteri-doveri di controllo loro attribuiti dagli artt. 2403 cod. civ. e ss., che non si esauriscono nella mera verifica contabile della documentazione messa a disposizione dagli amministratori ma, pur non investendo in forma diretta le scelte imprenditoriali, si estendono al contenuto della gestione sociale, a tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello concorrente dei creditori sociali

*(Sez. 5, n. 18985 del 14/01/2016, **A T**, Rv. 267009)*

il quale non si esaurisce in una mera verifica formale, quasi a ridursi ad un riscontro contabile nell'ambito della documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione

*(Sez. 5, n. 10186 del 04/11/2009, **La Rosa**, Rv. 246911)*

- **controllo non formale ma SOSTANZIALE**
- **scelte imprenditoriali non sindacabili a meno che AZZARDATE E NOCIVE per il patrimonio sociale**

La posizione di garanzia del sindaco

IN SINTESI

"In tema di bancarotta fraudolenta, requisiti essenziali per la configurabilità del concorso dei sindaci nella responsabilità penale degli amministratori sono:

a) l'omesso doloso esercizio dei doveri di controllo o comunque l'inerzia nell'adozione delle iniziative previste dalla legge per eliminare le irregolarità;

b) il nesso di causalità tra le omissioni e ciascuna delle fattispecie previste nell'art. 216 legge fall.;

c) il dolo riferito alla fattispecie realizzata dagli amministratori, che può essere sia diretto che eventuale, non essendovi alcuna valida ragione per escludere il dolo eventuale"

*(Sez. 5, n. 5927 del 21/11/1989, **Piras**, Rv. 184140)*

N. B. *sub* punto b) ➔ non solo causalità necessaria ma anche **agevolativa** *sub specie* di rafforzamento del proposito criminoso dell'amministratore

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

Il *punctum pruriens* è di consueto la **prova dell'elemento soggettivo**

la giurisprudenza ha elaborato il criterio dei c.d. **segnali/campanelli d'allarme**

Sussiste la responsabilità, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, del presidente del collegio sindacale qualora sussistano puntuali elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, in forza dei quali l'omissione del potere di controllo - e, pertanto l'inadempimento dei poteri doveri di vigilanza il cui esercizio sarebbe valso ad impedire le condotte distruttivi degli amministratori - esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale, per consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori. (Nella specie la S.C. ha ritenuto elementi significativi le circostanze che l'imputato fosse 1) espressione del gruppo di controllo della società, 2) avesse rilevante competenza professionale, e 3) avesse omesso, malgrado la situazione critica della società, ogni minimo controllo).

*(Sez. 5, n. 26399 del 05/03/2014, **Zandano**, Rv. 260215)*

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

ESEMPI

- ✓ Operazioni estranee all'oggetto sociale
- ✓ Operazioni in conflitto di interesse
- ✓ Operazioni manifestamente imprudenti o azzardate
- ✓ Crediti ingenti verso società aventi medesimo assetto proprietario
- ✓ Inesistenza di fondi di accantonamento in presenza di situazioni foriere del rischio di indebitamento
- ✓ Valutazione immutata dell'avviamento pur in presenza di *trend* pesantemente negativo
- ✓ Partecipazioni dal valore intonso pur in presenza di criticità risultanti da bilancio/ accesso a procedure concorsuali

IMPORTANTE FAR EMERGERE LA *"PRESA DI DISTANZA"*

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

Inoltre, occorre fare riferimento ai **principi** ed agli **indici** elaborati dalla giurisprudenza per distinguere il **dolo eventuale** e la **colpa cosciente** - quest'ultima **non** rilevante ai fini dell'art. 110 c.p. -

*(Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, **Espenhahn**, Rv. 261104)*

PRINCIPIO DI DIRITTO

*In tema di elemento soggettivo del reato, il **dolo eventuale** ricorre quando l'agente si sia chiaramente rappresentata la significativa possibilità di verificazione dell'evento concreto e **ciò nonostante, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia determinato ad agire comunque, anche a costo di causare l'evento lesivo**, aderendo ad esso, per il caso in cui si verifichi; ricorre invece la **colpa cosciente** quando la volontà dell'agente non è diretta verso l'evento ed egli, pur avendo concretamente presente la connessione causale tra la violazione delle norme cautelari e l'evento illecito, **si astiene dall'agire doveroso per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altro biasimevole motivo***

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

INDICATORI

*a) la **lontananza della condotta tenuta** da quella doverosa*
*b) la **personalità** e le **pregresse esperienze** dell'agente*
*c) la **durata** e la **ripetizione** dell'azione*
*d) il **comportamento successivo** al fatto*
*e) il **fine** della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali*
*f) la **probabilità di verificazione** dell'evento*
*g) le **conseguenze negative** anche per l'autore in caso di sua verificazione*
*h) il **contesto lecito o illecito** in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento (cosiddetta prima formula di Frank)*

Conseguenze rilevanti:

✓ se **dolo** ➔ art. 223 l. fall. – **3/10 anni**

*(cfr. Sez. 5, n. 44107 del 11/05/2018, **Machieraldo**, Rv. 274014)*

✓ se **colpa** ➔ art. 224 l. fall. – **6 mesi/2 anni**

*(cfr. Sez. 5, n. 28848 del 21/09/2020, **D'Alessandro**, Rv. 279599)*

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

d.lgs. 12.1.2019, n. 14 – *vig. 1.9.2021*

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

✓ sostanzialmente **immutato** l'impianto sanzionatorio **penale**

✓ **riformato** il sistema degli **strumenti di composizione della crisi**

Art. 13 – Indicatori della crisi

In attesa dell'entrata in vigore, si tratta di principi rilevanti in sede interpretativa ed applicativa

- "codificazione" dei segnali di allarme -

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

c. 1 – Normativi *Applicazione*: tutte le imprese *Effetto*: obbligo segnaletico	c. 2 – Elaborati da CNDCEC *Applicazione*: settoriale *Effetto*: presunzione stato di crisi
I. **assenza della sostenibilità del debito** nei successivi sei mesi II. **pregiudizio per la continuità aziendale** nell'esercizio in corso o quantomeno per sei mesi III. **ritardi** reiterati e significativi nei **pagamenti**	I. **patrimonio netto negativo** II. DSCR (*debt service coverage ratio*) a sei mesi < 1 III. Se DSCR non disponibile, **superamento di tutte le soglie**: 1) indice di **sostenibilità degli oneri finanziari** in termini di rapporto tra gli oneri finanziari ed il fatturato 2) indice di **adeguatezza patrimoniale** in termini di rapporto tra patrimonio netto e debiti totali 3) indice di **ritorno liquido dell'attivo** in termini di rapporto da *cash flow* e attivo 4) indice di **liquidità** in termini di rapporto tra attività a breve termine e passivo a breve termine 5) indice di **indebitamento previdenziale e tributario** in termini di rapporto tra l'indebitamento previdenziale e tributario e l'attivo

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

IMPATTO SCENARIO PANDEMICO:

Patrimonio netto eroso in Piemonte: **67% delle società**
(*stima Camera di Commercio di Torino*)

per il bilancio dell'esercizio 2020

D.L. 8.4.2020, n. 23, artt. 6 e 7 – c.d. Decreto Liquidità -	D.L. 14.8.2020, n. 104, art. 60 - c.d. Decreto Agosto -
I. **non operativa** la causa di scioglimento della società per riduzione/perdita del capitale sociale II. **non necessaria** la dimostrazione del postulato della **continuità aziendale**	I. **sospensione** (anche totale) dell'imputazione al conto economico delle **quote di ammortamento** dei beni materiali o immateriali (pur fiscalmente deducibili)

Perdita della **funzione informativa** del bilancio?
«Rimodulazione» dei c.d. **segnali d'allarme**?

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

d.lgs. 27.1.2010, n. 39

*Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle **revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati**, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE*

art. 2409-*bis* c.c. – Revisione legale dei conti

La revisione legale dei conti sulla società è esercitata da un revisore legale dei conti o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro.
Lo statuto delle società che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato può prevedere che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale. In tal caso il collegio sindacale è costituito da revisori legali iscritti nell'apposito registro.

Il **revisore esterno**:

- **non è soggetto attivo** nei reati societari/fallimentari (n.b. però *art. 27 ss. d.lgs. 39/2010*);
- ben possibile un **concorso a titolo omissivo** nel reato dell'amministratore (in particolare, *falso in bilancio*);

art. 9 d.lgs. 39/2010 ➔ SCETTICISMO PROFESSIONALE !

I c.d. segnali di allarme e le forme di responsabilità

Quindi, in caso di <u>coesistenza</u> di collegio sindacale e revisore esterno:

al SINDACO spetta:
l'attività di <u>VIGILANZA</u>

A. sull'osservanza della legge e dello statuto
B. sul rispetto dei principi di corretta amministrazione
C. sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e <u>contabile</u>
(*scopo di garantire l'attendibilità delle informazioni di bilancio*)

al REVISORE spetta:
l'attività di <u>CONTROLLO CONTABILE</u>

cioè l'acquisizione di tutti gli elementi necessari per consentire al revisore di affermare, con ragionevole certezza, che <u>*il bilancio nel suo complesso è redatto, in tutti gli aspetti significativi, in conformità al quadro normativo di riferimento*</u>

art. 2409-*septies* c.c. ➔ <u>*"scambio di informazioni"*</u>

Caso concreto

ALFA s.p.a. è società *leader* nel settore della logistica ed il legale rappresentante nonché Presidente del C.d.A. è **ROSSI Mario**; vi è, inoltre, un collegio sindacale ed un **revisore esterno**, cui è affidata la revisione legale dei conti.

1. Ebbene, **in data 22.7.2009**, il C.d.A. e l'assemblea dei soci di ALFA s.p.a. deliberano l'acquisto da ROSSETTI Carla (prossima congiunta di ROSSI Mario) delle **azioni della controllante BETA s.p.a.** – anch'essa amministrata da ROSSI Mario – con pagamento del prezzo di **€ 1.000.000**, in assenza dei presupposti previsti dalla legge (**art. 2359-*bis* c.c.**).

> *c. 1 La società controllata non può acquistare azioni o quote della società controllante se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato ...*
> *c. 4 Una riserva indisponibile, pari all'importo delle azioni o quote della società controllante iscritto all'attivo del bilancio deve essere costituita e mantenuta finché le azioni o quote non siano trasferite*

I membri del collegio sindacale ed il revisore, presenti in sede di delibera, nulla osservano.

2. Inoltre, nel **dicembre 2010** viene avviata dalla **Guardia di Finanza** una **verifica** a seguito della quale ALFA s.p.a. risulta al centro di un'**articolata frode fiscale**.
L'esito dell'accertamento, con la contestazione di un'imposta evasa milionaria, conduce rapidamente al **fallimento** della società, dichiarato nel **maggio 2012**.
L'ultimo **bilancio** (**al 31.12.2010**, approvato in data **14.5.2011**) con relazione favorevole del collegio sindacale e del revisore unico, appalesa **evidenti criticità** in punto di valutazione delle partecipazioni e dei crediti nonché per l'omesso appostamento di fondo per imposte da accertamento.

Caso concreto

Esempio di contestazione (parte 1)

per il delitto previsto e punito dagli artt. 110, 40 cpv c.p., 223, c. 2, n. 1, in relazione agli artt. 2621, 2634 cc., R.D. 16 marzo 1942, n. 267 poiché, in concorso tra loro, nelle rispettive qualità:
-ROSSI Mario, ROSSI Franco e ROSSI Piero, quali membri del C.d.A.,
- VERDI Mario, VERDI Franco, VERDI Piero, quali membri del collegio sindacale,
- NERI Mario, quale revisore unico;
di ALFA s.r.l. (c.f. _____), con sede in Torino, _____, dichiarata fallita in data _____ :
1. cagionavano, o comunque aggravavano per l'importo di € 1.000.000 il dissesto della società, acquistando gli amministratori azioni pari al 10% della società controllante BETA s.p.a. fuori dei casi consentiti dalla legge, cagionando così una lesione del capitale sociale e delle riserve non distribuibili per legge; in particolare, in data 22.7.2009 l'assemblea dei soci ed il consiglio di amministrazione (composta da ROSSI M., ROSSI F., ROSSI P.) deliberavano di acquistare da ROSSETTI Carla azioni pari al 10% della società controllante BETA s.p.a. al prezzo sovrastimato di € 1.000.000, in assenza dei presupposti di legge, atteso che il bilancio d'esercizio al 31.12.2008 di ALFA S.p.A., così come rettificato dal curatore, non evidenziava utili distribuibili e riserve disponibili e che non veniva costituita la riserva indisponibile, pari a € 1.000.000, prescritta ai sensi dell'art. 2359-*bis*, c. 4, c.c., sussistendo, peraltro, un conflitto di interessi ai sensi dell'art. 2634 c.c. in capo a ROSSI M. (presidente del C.d.A. anche di BETA s.p.a.) che, con l'atto dispositivo descritto, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, cagionava intenzionalmente un danno patrimoniale;
operazione in relazione alla quale i componenti del collegio sindacale (VERDI M., VERDI F, VERDI P.) ed il revisore unico (NERI M.), pienamente informati, pur avendo l'obbligo giuridico di impedire l'evento, omettevano di esprimere qualsivoglia osservazione e/o rilievo critico, venendo così meno al dovere di vigilanza su di loro gravante, ed omettevano, in particolare, di rilevare:
- **l'assenza di utili distribuibili e riserve disponibili,**
- **l'assenza della riserva indisponibile prevista dall'art. 2359-*bis*, c. 4, c.c.;**
- **la sussistenza di conflitto di interessi in capo a ROSSI M..**

Caso concreto

Esempio di contestazione (parte 2)

2. cagionavano, o comunque aggravavano, il dissesto della società esponendo consapevolmente nel bilancio al 31.12.2010 (approvato in data 24.5.2011), al fine di conseguire per sé e per la società un ingiusto profitto, fatti materiali rilevanti non corrispondenti al vero ovvero omettendo fatti materiali rilevanti, in modo concretamente idoneo ad indurre i destinatari delle comunicazioni sociali in errore e a celare la completa erosione del capitale sociale, emersa solo in data 13.9.2012 (delibera di autorizzazione alla presentazione di istanza di fallimento in proprio); segnatamente, in violazione dei principi di chiarezza, veridicità, correttezza, prudenza e competenza (artt. 2423, 2423-*bis*, 2424-*bis*, 2426, 2427 c.c.), omettevano:

- ✓ **di operare una svalutazione delle partecipazioni in società controllate/collegate per l'importo di € _;**
- ✓ **di operare una svalutazione dei crediti delle società controllate per l'importo di € _____;**
- ✓ **di operare una svalutazione dei crediti nei confronti dei clienti per l'importo di € _____;**
- ✓ **di appostare un fondo per imposte da accertamento per € _____ ;**

così pervenendo, da un lato, ad un patrimonio netto pari a € _____ anziché esporre un patrimonio netto negativo pari ad € _____ ;

condotte rispetto alle quali i componenti del collegio sindacale (VERDI M., VERDI F, VERDI P.) ed il revisore unico (NERI M.), pur avendone l'obbligo giuridico, omettevano qualsivoglia controllo, limitandosi a prestare acquiescenza all'operato degli amministratori, omettendo di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto da parte di questi, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto contabile adottato dalla società e del suo concreto funzionamento;

- ❖In alternativa, in caso di contegno **colposo**, può essere contestato ai sindaci il reato di cui all'art. **224, n. 2, l. fall.**
- ❖offerta risarcitoria/transazione con curatela ➔ riconoscimento di **circostanze attenuanti** (artt. *62-bis*, 62, n. 6, c.p.)

Grazie

Dott. Mario Bendoni
Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino
«Gruppo Penale dell'Economia»

mario.bendoni@giustizia.it