ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO

Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Torino

IL BILANCIO ILLUSTRATO AGLI AVVOCATI DAI COMMERCIALISTI

5° INCONTRO

La responsabilità dei sindaci in relazione a elementi di allarme emergenti dal bilancio

Prof. Avv. Maurizio Riverditi

10 febbraio 2021

Necessità di decodificazione

Segnali di allarme

Ruoli del collegio sindacale

Responsabilità civile

Responsabilità penale

Art. 2407 c.c.

Art. 40, cpv, c.p.
Art. 110 c.p.

DOVERI DEL COLLEGIO SINDACALE (art. 2403 c.c.)

vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, in particolare sugli adeguati assetti e sul loro concreto funzionamento

Poteri «ispettivi» del collegio sindacale (art. 2403 bis)

- Ispezioni
- Chiedere notizie
- Scambio di informazioni
- Avvalersi di dipendenti/ausiliari

Poteri di segnalazione e denunzia

- Art. 2406: censura fatti di rilevante gravità convocando l'assemblea
- Art. 2409, co. 7, c.c.: denunzia di gravi irregolarità al Tribunale

Dovere di vigilanza e controllo (art. 2403 c.c.)

Cass. civ., sez. II, 17/12/2018, n. 32537

Gli organismi di controllo, […], sono investiti di un ineludibile compito di costante verifica della corrispondenza dei meccanismi di gestione della società al paradigma della corretta amministrazione, così come definito dalla scienza dell'economia aziendale.

Cass. civ., sez. II, 19/01/2019, n. 301

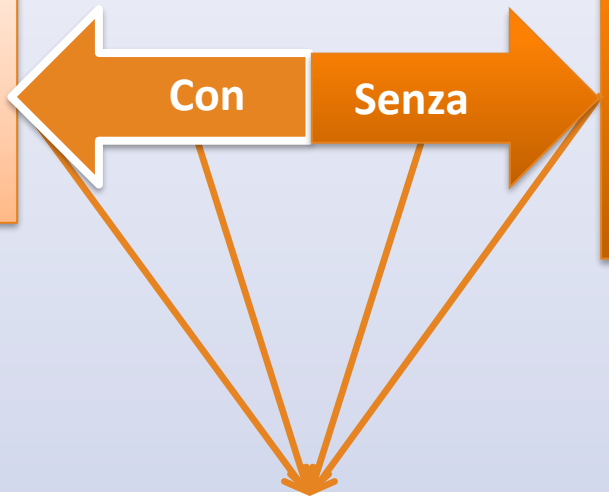
- **non è circoscritto all'operato degli amministratori, ma si estende a tutta l'attività sociale, con funzione di tutela non solo dell'interesse dei soci, ma anche di quello, concorrente, dei creditori sociali**

Cass. civ., sez. I, 24/03/1999, n. 2772

- **Ricomprende anche l'obbligo di segnalare tutte le situazioni che mettano a repentaglio la prosecuzione dell'attività di impresa e l'assicurazione della garanzia dei creditori in relazione alle obbligazioni contrate con l'ente**

PROFONDE DIVERSITÀ A SECONDA CHE IL COLLEGIO SINDACALE SIA INVESTITO O NO COMPITI DI REVISIONE LEGALE

Art. 2403, co. II, c.c.
Art. 2409 bis, co. II, c.c.
Art. 14, D.lgs. 39/2010



Art. 2403 c.c.
Art. 2409 bis c.c.

~~Art. 14, D.Lgs. 39/2010~~

Diverso livello di approfondimento e verifica che non deve essere superato per non assumere responsabilità che non competono

PROFONDE DIVERSITÀ A SECONDA CHE IL COLLEGIO SINDACALE SIA INVESTITO O NO COMPITI DI REVISIONE LEGALE

Osservanza della legge e dello statuto, rispetto dei principi di corretta amministrazione e adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile

Solo nei casi di cui all'art. 2409 bis c.c. esercita il controllo contabile= esenzione ex lege

Senza

Art. 2403 c.c.
Art. 2409 bis c.c.

~~Art. 14, D.Lgs. 39/2010~~

Diverso livello di approfondimento e verifica che non deve essere superato per non assumere responsabilità che non competono

PROFONDE DIVERSITÀ A SECONDA CHE IL COLLEGIO SINDACALE SIA INVESTITO O NO COMPITI DI REVISIONE LEGALE

Trib. Torino, Sez. G.I.P. 10/11/2014, n. 1801

«*Si comprende agevolmente che la "vigilanza" contabile rientrante tra i doveri dei sindaci non investiti formalmente del controllo contabile ha dei connotati ben precisi: è ampia, poco dettagliata, residuale nel senso di ultima e filtrata dall'azione di coloro che del controllo contabile vero e proprio sono investiti, con tutti gli strumenti, le competenze e gli oneri connessi* […]».

Diverso livello di approfondimento e verifica che non deve essere superato per non assumere responsabilità che non competono

Principi di comportamento società non quotate CNDEC 18/12/2020

Norma 3.6

Norma 3.7
Norma 3.8
Norma 5.3
Norma 5.5
Norma 7.1

Norma 3.6. Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno

Criteri applicativi

«Sebbene il codice civile non preveda espressamente la vigilanza sul sistema di controllo interno fra i doveri del Collegio sindacale, si ritiene opportuno che, in applicazione del più ampio dovere di vigilare sull'assetto organizzativo, il Collegio sindacale vigili anche sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno».

Commento

«Data la relazione di interdipendenza tra la complessità e le dimensioni aziendali e la struttura organizzativa della società, il collegio vigila sull'adeguatezza del sistema di controllo interno sulla base di un giudizio professionale che tenga conto delle caratteristiche della società oggetto di vigilanza, in relazione alle dimensioni e alla complessità aziendali, alla complessità del settore in cui la società opera, nonché agli obiettivi che quest'ultima si propone di conseguire»

Principi di comportamento società non quotate CNDEC 18/12/2020

Norma 3.6

Norma 3.7

Norma 3.8

Norma 5.3

Norma 5.5

Norma 7.1

Norma 3.7. Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo-contabile

Principi

«[…] Un sistema amministrativo-contabile risulta adeguato se permette:

- La completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione;
- La produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale;
- La produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d'esercizio

Commento

«E' opportuno ricordare che non si tratta di un giudizio di merito sui risultati dell'attività amministrativo-contabile, bensì di un giudizio sintetico sull'efficienza e la funzionalità del sistema, svolto alla luce dei rischi rilevanti emersi in tali aree operative.

[…] Al fine di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo-contabile è, quindi, opportuna una periodica **attività di scambio di dati e di informazioni tra il Collegio sindacale e il soggetto incaricato della revisione legale**»

Principi di comportamento società non quotate CNDEC 18/12/2020
Norma 3.6
Norma 3.7
Norma 3.8
Norma 5.3
Norma 5.5
Norma 7.1

Norma 3.8. Vigilanza in ordine al bilancio di esercizio e alla relazione sulla gestione

Criteri applicativi

«In particolare il Collegio verifica:

- La rispondenza del bilancio e della relazione ai fatti e alle informazioni di cui il Collegio sindacale è a conoscenza a seguito della partecipazione alle riunioni degli organi sociali, dell'esercizio dei suoi doveri di vigilanza e dei suoi poteri di ispezione e controllo (artt. 2403, 2403-*bis*, 2405 c.c.)»

[…] Qualora il Collegio sindacale sia in possesso, in virtù della propria attività di vigilanza, di notizie su determinati fatti o situazioni che incidono sulla rappresentazione in bilancio di operazioni sociali può chiedere ulteriori chiarimenti e informazioni all'organo amministrativo ovvero all'incaricato della revisione legale».

Commento

«Al Collegio sindacale spetta dunque un **controllo sull'osservanza** da parte degli amministratori **delle norme procedurali inerenti alla formazione, al deposito e alla pubblicazione, non dovendo effettuare controlli analitici di merito sul contenuto del bilancio, né esprime un giudizio sulla sua attendibilità**»

Principi di comportamento società non quotate CNDEC 18/12/2020
Norma 3.6
Norma 3.7
Norma 3.8
Norma 5.3
Norma 5.5
Norma 7.1

Norma 5.3. Scambio di informazioni con l'incaricato della revisione legale

Criteri applicativi

«**La differente natura della funzioni svolte da tali soggetti fa sì che le informazioni che essi possiedono sono diverse**. Pertanto le informazioni che il collegio sindacale scambia con l'incaricato della revisione legale devono intendersi limitate a quelle che si rendono necessarie per svolgere la propria funzione.

[…] Salvo casi specifici che richiedano maggiore frequenza, è opportuno che il collegio sindacale **incontri** l'incaricato della revisione legale nel corso dell'esercizio e scambi informazioni con quest'ultimo **almeno in occasione delle fasi di avvio delle attività di revisione e di quelle conclusive di verifica del bilancio**».

Commento

«Il collegio sindacale ….è chiamato … ad attuare un reciproco scambio di dati e informazioni rilevanti per l'espletamento delle rispettive funzioni di controllo (art. 2409-*septies* c.c.)»

Principi di comportamento società non quotate CNDEC 18/12/2020
Norma 3.6
Norma 3.7
Norma 3.8
Norma 5.3
Norma 5.5
Norma 7.1

Norma 5.5. Rapporti con l'organismo di vigilanza

Criteri applicativi

«Il Collegio sindacale dovrà, quindi, verificare che nel modello organizzativo siano previsti appositi flussi informativi finalizzati a garantire l'informazione periodica sull'attività svolta dall'OdV, specie con riferimento all'attività di vigilanza circa l'adeguatezza del Modello, la sua efficace attuazione ed il suo aggiornamento […]. Alla luce di quanto sopra, nel caso in cui la società non abbia adottato il modello organizzativo, è necessario che il Collegio solleciti gli Amministratori ad un'adeguata riflessione in merito e, in assenza di valide ragioni, stimoli le necessarie attivazioni».

Commento

«Pertanto, **anche in relazione ai precisi obblighi introdotti dal nuovo 2086 c.c.**, la valutazione dell'adeguatezza di tali assetti non può prescindere da una verifica delle misure organizzative **volte a monitorare il rischio di commissione di eventuali reati presupposto e a ridurre tale rischio entro margini accettabili**. […] Nel caso in cui uno o più componenti dell'OdV siano stati scelti fra i sindaci […] Le due funzioni rimangono tuttavia distinte […] dovendo pertanto darsi contezza dell'attività svolta ex d.lgs. n. 231/2001 in verbali e carte di lavoro distinti rispetto al libro delle adunanze e delle deliberazioni del Collegio sindacale e ai relativi documenti di supporto»

Principi di comportamento società non quotate CNDEC 18/12/2020
Norma 3.6
Norma 3.7
Norma 3.8
Norma 5.3
Norma 5.5
Norma 7.1

Norma 7.1. Struttura e contenuto della relazione dei sindaci

Criteri applicativi

«Il collegio sindacale deve formulare le proprie osservazioni e proposte al bilancio avendo riguardo, in particolare, alla tempestività e alla correttezza della formazione dei documenti che lo compongono nonché del procedimento con cui sono stati predisposti e presentati all'assemblea, **nei limiti della funzione che gli è demandata, come indicato alla *Norma* 3.7.**

[…]

Infine il collegio sindacale deve formulare il proprio parere in ordine all'approvazione o non approvazione del bilancio; al riguardo va ribadito che **al collegio la legge non affida gli accertamenti di natura contabile, demandati esclusivamente al soggetto incaricato della revisione legale**».

Commento

«Lo stesso principio di revisione ISA Italia n. 700 supporta tale conclusione laddove nella sezione della relazione di revisione intitolata ''Responsabilità degli amministratori e del Collegio sindacale per il bilancio di esercizio'' prevede che: **''Il Collegio sindacale ha la responsabilità della vigilanza del processo di predisposizione dell'informativa finanziaria della società'',** diversamente da quanto precisato con riferimento alla responsabilità dell'incaricato della revisione legale nella sezione a ciò dedicata»

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

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

40, cpv., c.p.

Quando più persone **concorrono** nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti

110 c.p.

Concorso omissivo per omesso impedimento

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

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

Art. 40, cpv., c.p.

POSIZIONE DI GARANZIA

Fonti dell'**obbligo**:

Diverse tesi, ma, certamente fonte legislativa e/o contrattuale

Poteri e doveri del collegio sindacale

- art. 2403 c.c.
- art. 2403 bis c.c.
- art. 2406 c.c.
- art. 2409 c.c.

Hanno una importante funzione chiarificatrice le:

- Norme di comportamento CNDCEC

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Art. 40, cpv., c.p.

Cass. pen., sez. V, 18/2/2019, n. 12186
Ove il sindaco abbia dato un **contributo giuridicamente rilevante** – sotto l'aspetto causale – alla verificazione dell'evento

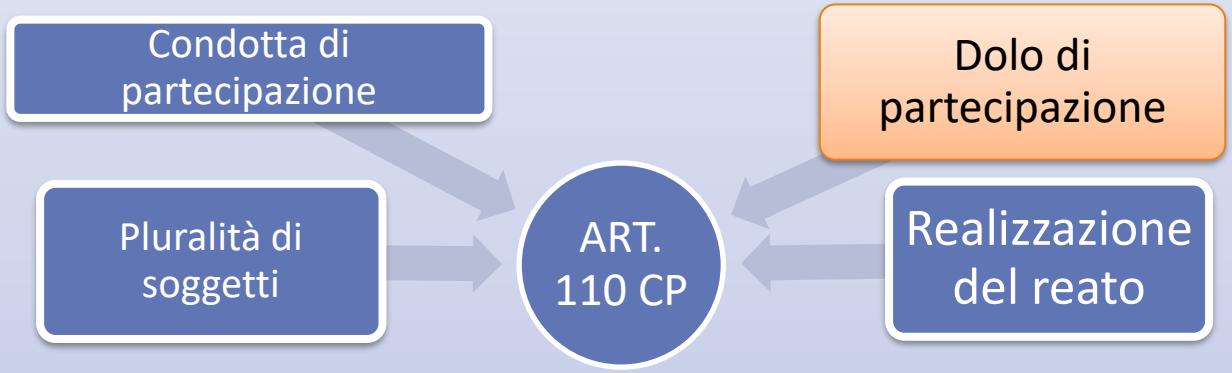
Cass. pen. Sez. V, 21/04/2010, n. 15360
l'ipotesi del coinvolgimento dei sindaci postula l'esistenza di […] valide ragioni che inducano a ritenere che l'omesso controllo abbia avuto **effettiva incidenza di contributo causale** nella commissione del reato da parte degli amministratori.

Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Cass. pen., sez. V, 11/5/2018, n. 44107
Occorre che il sindaco abbia avuto la **coscienza e volontà del contributo causale** fornito alla verificazione dell'evento (reato), **anche solo a livello di dolo eventuale**

Cass. pen. Sez. V, 18/02/2019, n. 12186
Con il che intendendosi significare che **non basta imputare al sindaco -e provare- comportamenti di negligenza o imperizia anche gravi**, come può essere il disinteresse verso le vicende societarie (fonte indiscutibile di responsabilità civile) ma **occorre la prova** -che può essere data, come di regola, anche in via indiziaria-del fatto **che la sua condotta abbia determinato o favorito, consapevolmente**, la commissione dei fatti [di bancarotta] da parte dell'amministratore. Tanto non implica la dimostrazione di un preventivo accordo con chi amministra la società in relazione alle operazioni distrattive, potendo l'inerzia tenuta essere espressione di omissione collusiva



Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Cass. pen., sez. V, 11/5/2018, n. 44107
Occorre che il sindaco abbia avuto la **coscienza e volontà del contributo causale** fornito alla verificazione dell'evento (reato), **anche solo a livello di dolo eventuale**

Dolo eventuale vs. Colpa cosciente

Cass. pen. S.U. 24 aprile 2014, n. 38343
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.

[…] occorre la **rigorosa dimostrazione** che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta aderendo psicologicamente ad essa e a tal fine l'indagine giudiziaria, volta a ricostruire l'"iter" e l'esito del processo decisionale, può fondarsi su una serie di indicatori quali: a) **la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa**; b) la **personalità e le pregresse esperienze dell'agente**; […] ; 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**.

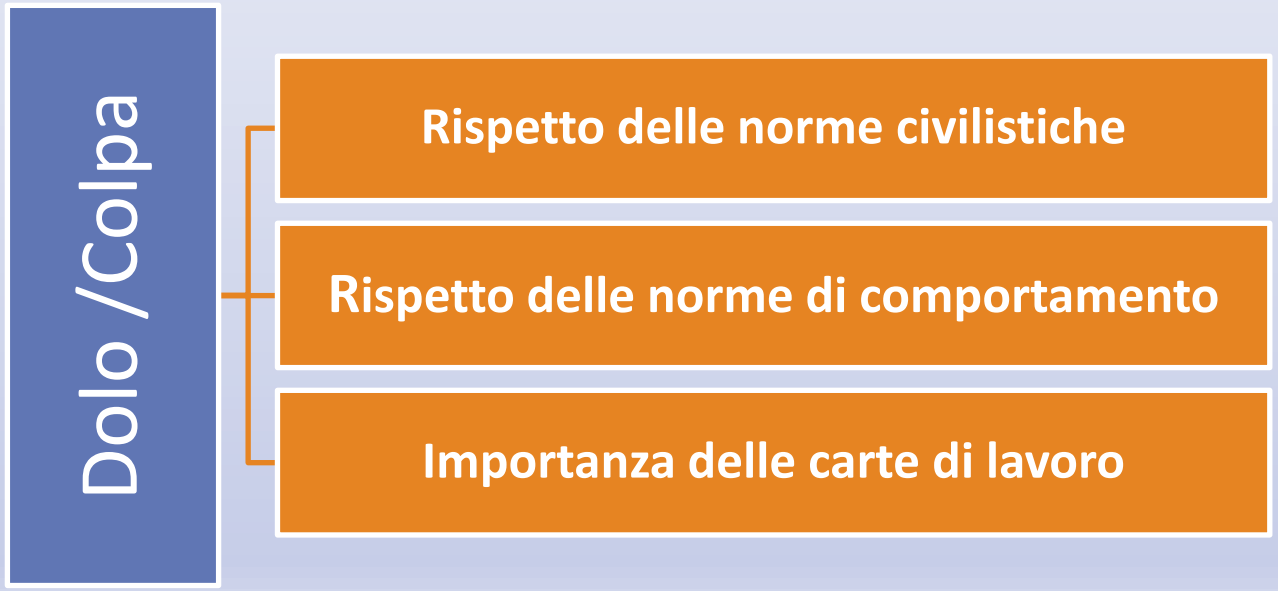
SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Quale rilevanza per i (meri) segnali d'allarme?

Dolo eventuale vs. Colpa cosciente

Cass. pen. S.U. 24 aprile 2014, n. 38343

a) **la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa**



SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Quale rilevanza per i (meri) segnali d'allarme?

Cass. pen., Sez. V, 16/04/2009, n. 36595

In tema di reati fallimentari e societari, ai fini della affermazione della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che **vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito**, nonché **l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi**, giacché solo la **prova della conoscenza** del fatto illecito **o della concreta conoscibilità** dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo **in presenza di segnali inequivocabili comporta l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito** mentre **la mancata attivazione di detti soggetti in presenza di tali circostanze determina l'affermazione della penale responsabilità**

≠

Cass. pen. Sez. V Sent., 05/10/2012, n. 23000

In tema di reati fallimentari e societari, ai fini della responsabilità penale dell'amministratore privo di delega per fatti di bancarotta fraudolenta, **non è sufficiente la presenza di dati (c.d. segnali d'allarme)** da cui desumere un evento pregiudizievole per la società o almeno il rischio della verifica di detto evento, ma **è necessario che egli ne sia concretamente venuto a conoscenza ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo**.

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Quale rilevanza per i (meri) segnali d'allarme?

Cass. pen., Sez. IV, 05/09/2013, n. 36399

Neppure è sufficiente che siano "oggettivamente" rinvenibili quei "segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito", aventi un grado di anormalità (non in senso assoluto ma in relazione al soggetto garante di cui trattasi) che la giurisprudenza di legittimità ha elevato a guida nell'accertamento già a partire da Sez. 5, n. 23838 del 04/05/2007, P.M. in proc. Amato e altri, Rv. 237251, **essendo comunque necessario dare dimostrazione che quei segnali siano stati colti nel loro compiuto significato descrittivo dal garante in questione**. Anche su questo punto si dissente da Sez. 3, n. 28701 del 12/05/2010, Pg in proc. A. e altri, Rv. 248067, che pare ammettere la sufficienza di una "possibilità di consapevolezza e di prevedibilità del rischio" di comportamenti censurabili. Ad avviso di questa Corte, **il rilievo dell'esistenza di segnali noti non può non essere accompagnato dall'accertamento della elaborazione che degli stessi è stata fatta: quei segnali possono essere stati sottovalutati, malamente interpretati. Ciò indirizza verso un comportamento colposo; non certo doloso**. Va quindi data la prova di una corretta elaborazione dei segnali.

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Quale rilevanza per i (meri) segnali d'allarme?

Cass. pen. Sez. I, 09/03/2018, n. 14783

Ai fini della affermazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, cod. pen., degli amministratori senza deleghe gestorie a titolo di concorso nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione commesso dal presidente del consiglio di amministrazione delegato è necessaria [… - ndr. anche dei sindaci] la prova: che gli stessi amministratori siano stati informati delle distrazioni ovvero che delle stesse abbiano comunque avuto conoscenza; oppure che vi sia stata la presenza di **segnali peculiari** di distrazione aventi carattere di anormalità di questi sintomi per tali amministratori, **dai quali è dato desumere la consapevole accettazione del rischio dell'evento illecito**, in base allo statuto e secondo i principi affermati in relazione al dolo eventuale.

N.B.

In presenza di indici di abnormità ed equivocità macroscopiche, dimostrative della portata delittuosa dell'altrui condotta **diventa più agevole la prova che i sindaci (e gli amministratori non esecutivi) si siano effettivamente avveduti dell'inattendibilità della comunicazione finanziaria** [C. SANTORIELLO, Omesso esercizio, cit.]

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Quale rilevanza per i (meri) segnali d'allarme?

Cass. pen., Sez. IV, 05/09/2013, n. 36399

…**i segnali perspicui non possono che riguardare lo specifico evento che si intende porre a carico del garante omittente**; essi devono essere stati percepiti ed assunti nel loro reale significato dal soggetto di cui trattasi; una condizione di dubbio circa la loro significatività non è di per sè in compatibile con l'accettazione dell'evento.

Il dubbio descrive una situazione irrisolta, perché accanto alla previsione della verificabilità dell'evento vi è la previsione della non verificabilità. **Il dubbio corrisponde ad una condizione di incertezza, che appare difficilmente compatibile con una presa di posizione volontaristica in favore dell'illecito, ad una decisione per l'illecito; ma che ove concretamente superato, avendo l'agente optato per la condotta anche a costo di cagionare l'evento, volitivamente accettandolo quindi nella sua prospettata verificazione, lascia sussistere il dolo eventuale** (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 30472 del 11/07/2011, Rv. 251484, Braidic).

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Quale rilevanza per i (meri) segnali d'allarme?

Trib. Torino, Sez. G.I.P. 10/11/2014, n. 1801

A parere di chi scrive invece, già in astratto, **la ''vigilanza'' contabile del sindaco – non investito di controllo contabile – non è strutturalmente idonea ed efficace a portare alla luce le cd. frodi in valutazione**, quelle cioè comportanti alterazioni del bilancio per operazioni di stima e valutazione di dati non determinati e certi alla data di chiusura dell'esercizio ma involgenti giudizi e calcoli prognostici.

[…] Il falso in valutazione viene pertanto ''catturato'' dalla lente focale della ''vigilanza'' contabile **solo ove vi siano sintomi eclatanti che in certo senso compensino la natura prognostica e tecnica della posta**, tra cui: la totale difformità tra i criteri di valutazione in concreto adottati e quelli che, nelle note esplicative al bilancio, vengono indicati come adottati; la violazione delle clausole generali che presiedono alla redazione del bilancio, quali la chiarezza, l'intellegiblità, la prudenza.

Rischiano comunque di sfuggire alla lente della vigilanza contabile, perché sostanzialmente ''asintomatiche'', quelle stime consistenti in giudizi prognostici simili a congetture per cui non esistono formule algebriche che possano poi consentire la verificabilità di correttezza da parte di chi controlla.

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

Segnali d'allarme e ricostruzione degli indici della crisi

Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 28848

«…la pronunzia della Corte di merito è sul punto sibillina, limitandosi ad un'elencazione, in più punti del costrutto motivazionale, di atti da cui i sindaci avrebbero dovuto stimolarne l'assuzione di iniziative. Tale elencazione, tuttavia, non costituisce una risposta effettiva… per due diverse ragioni. In primo luogo, perché comprende atti che potevano non essere a conoscenza del collegio … perché a quest'ultimo non indirizzati … sia perché **frutto di un'elaborazione successiva all'inizio delle procedure concorsualie portatori di un patrimonio conoscitivo certamente ricostruito a posteriori… mentre sarebbe stato necessario effettuare un'istantanea della situazione conoscibile ai sindaci in quei mesi**. In secondo luogo… sarebbe stato necessario, invece, evidenziare perché ciascuna relazione/verbale fosse significativa quale portatrice di un segnale di allarme

…andava accertato, **oltre ogni ragionevole dubbio**, che i sindaci **non avessero agito con un approccio non gravemente imprudente ma solo votato alla prospettiva di un superamento della crisi, ritenendo di affrontarla mediante le attività di stimolo rivolte al Consiglio di amministrazione e non a mezzo del coinvolgimento dell'assemblea o del Tribunale**. In altre parole, la risposta della Corte di merito…sembra non valutare le altre iniziative, di natura sollecitatoria, messe in campo dal collegio sindacale»

SCENARI POSSIBILI: a) La responsabilità penale

In conclusione:
Concorso per omesso impedimento dell'evento
40, cpv., c.p. + 110 c.p.

Cass. pen., Sez. V, 18/02/2019, n. 12186
La responsabilità, a titolo di concorso, dei componenti del collegio sindacale, non può fondarsi sulla sola posizione di garanzia, siccome ricavabile dall'insieme delle norme civilistiche richiamate, e discendere, tout court, dal mancato esercizio dei doveri di controllo

Cass. pen., Sez. V, 26/5/2017, n. 42046
Sussiste la responsabilità, a titolo di concorso, qualora ricorrano 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 distrattive degli amministratori- **esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione**

Insufficienza → della posizione di garanzia
Insufficienza → della colpa

SCENARI POSSIBILI: b) La responsabilità civile

Art. 2407 c.c.

Cass. civ. Sez. I, 05/09/2018, n. 21662

La responsabilità omissiva del sindaco resta una responsabilità per fatto proprio colpevole: espunta anche dal diritto civile la responsabilità oggettiva, per fatto altrui o da mera "posizione", **deve sussistere la condotta almeno colposa e il nesso causale col danno**, essendo responsabilità per fatto e colpa propri.

Quanto alla colpa, essa rileva in due accezioni: **colpa nella conoscenza**, allorché il sindaco non rilevi colposamente la condotta inadempiente dell'organo gestorio; e **colpa nell'attivazione**, se, pur a conoscenza di fatti di dubbia legittimità e regolarità, ometta, almeno per colpa, di esercitare prontamente ed efficacemente i suoi poteri impeditivi.

Sussiste il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sindaci ed il danno, quando essi non abbiano formulato rilievi critici su poste di bilancio palesemente ingiustificate o non abbiano esercitato poteri sostitutivi che, secondo l'id quod plerumque accidit, avrebbero condotto ad una più sollecita dichiarazione di fallimento.

SCENARI POSSIBILI: b) La responsabilità civile

Art. 2407 c.c. – Regime della prova

RUOLO DEI SEGNALI D'ALLARME

Cass. civ. Sez. I, 25/07/2018, n. 19743

… la configurabilità dell'inosservanza del dovere di vigilanza, imposto ai sindaci dall'art. 2407, comma 2, c.c., non richiede l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma **è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede** …

Cass. civ. Sez. I, 12/07/2019, n. 18770

Riparto dell'onere probatorio. … spetta all'attore allegare l'inerzia del sindaco e provare il fatto illecito gestorio, accanto all'esistenza di segnali d'allarme che avrebbero dovuto porre i sindaci sull'avviso;

l'inerzia del sindaco integra di per sè la responsabilità, restando a carico del medesimo l'onere di provare di non aver avuto nessuna possibilità di attivarsi utilmente, ponendo in essere tutta la gamma di atti, sollecitazioni, richieste, richiami, indagini, sino alle denunce alle autorità civile e penale.

SCENARI POSSIBILI: b) La responsabilità civile

Art. 2407 c.c. – Regime della prova

RUOLO DEI SEGNALI D'ALLARME

Cass. civ. Sez. I, 11/12/2020, n. 28357

L'accertamento della responsabilità del sindaco per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori di società di capitali richiede, non solo la prova dell'inerzia del sindaco rispetto ai propri doveri di controllo e del danno conseguente alla condotta dell'amministratore, ma anche che l'attore dimostri il nesso causale tra inerzia e danno, poiché l'omessa vigilanza rileva solo quando l'attivazione del controllo avrebbe ragionevolmente evitato o limitato il pregiudizio. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva ritenuto sussistente la responsabilità ex art. 2407 c.c., in un caso in cui, fallita la società, non erano state rinvenute nel conto sociale le somme incassate dal liquidatore e ivi versate, pochi giorni prima delle dimissioni del sindaco)

Diverso parametro rispetto a quello penale!

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: a) sterilizzazione delle perdite

Art. 6 (d.l. 23/2020, modif. l. 178/2020) - *Disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale*

1. Per le **perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020** non si applicano gli *articoli 2446*, secondo e terzo comma, *2447*, *2482-bis*, quarto, quinto e sesto comma, e *2482-ter del codice civile* e non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli *articoli 2484*, primo comma, numero 4), e *2545-duodecies del codice civile*.
2. Il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo stabilito dagli *articoli 2446*, secondo comma, e *2482-bis, quarto comma, del codice civile*, è **posticipato al quinto esercizio successivo**; l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate.
3. Nelle ipotesi previste dagli *articoli 2447* o *2482-ter del codice civile* **l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori**, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, **può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio di cui al comma 2**. L'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve procedere alle deliberazioni di cui agli *articoli 2447* o *2482-ter del codice civile*. Fino alla data di tale assemblea non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli *articoli 2484*, primo comma, numero 4), e *2545-duodecies del codice civile*.
4. Le perdite di cui ai commi da 1 a 3 devono essere **distintamente indicate nella nota integrativa** con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio.

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: a) sterilizzazione delle perdite

Art. 6 (d.l. 23/2020, modif. l. 178/2020) - *Disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale*

1. Per le **perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020** non si applicano gli *articoli 2446*, secondo e terzo comma, *2447*, *2482-bis*, quarto, quinto e sesto comma, e *2482-ter del codice civile* e non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli *articoli 2484*, primo comma, numero 4), e *2545-duodecies del codice civile*.

[…]

3. Nelle ipotesi previste dagli *articoli 2447* o *2482-ter del codice civile* l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, […] **può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio di cui al comma 2**

MISE – Prot. n. 26890 del 29/1/2021

- «Il riferimento, in primo luogo, alle <<perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020>>, anziché alle <<fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data […]>> sembra chiarire che oggetto della norma sono solo le perdite emerse nell'esercizio 2020 […]
Sembra da **escludersi, pertanto, che la disposizione possa riguardare perdite relative ad esercizi antecedenti**, come inizialmente da alcuni ipotizzato, restando le stesse assoggettate, di conseguenza, al regime generale»;
- «Nel contempo … la nuova formulazione dell'art. 6 cit. prevede, al comma 3, che la decisione di rinvio … spetti all'assemblea.
Sembra doversene dedurre che **l'eventuale accertamento anticipato della causa di scioglimento rispetto al termine indicato al comma 2 della norma in esame, ad opera degli amministratori, potrà avvenire solo previo consenso (implicito od esplicito) dell'assemblea stessa, da richiamarsi nell'atto di accertamento medesimo**»

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: a) sterilizzazione delle perdite

Art. 6 (d.l. 23/2020, modif. l. 178/2020) - *Disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale*

[…]

4. Le perdite di cui ai commi da 1 a 3 devono essere distintamente indicate nella nota integrativa con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio.

«il comma 4 obbliga una distinta indicazione di tali perdite in nota integrativa con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio.

La ratio di tale ultima disposizione è quella di **discernere le "perdite Covid" che godono della temporanea sospensione quinquennale dalle altre perdite** eventualmente conseguite nel corso dello stesso quinquiennio, che non possono godere dell'agevolazione» [Ceroli-Miletta, *La riduzione del capitale rinviabile fino al bilancio 2025*, NT Plus, 25 gennaio 2021]

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: a) sterilizzazione delle perdite

«Queste situazioni andranno affrontate ricorrendo al **criterio della buona fede e all'interesse sociale.** D'altro canto, costituirebbe **ragionevolmente un abuso del diritto concesso dalla norma rinviare a nuovo per cinque anni la perdita ove, ad esempio, ne avesse già maturato altre, senza alcuna prospettiva di recupero e soprattutto ove la situazione finanziaria prospettica della società fosse compromessa**. La norma non va considerata come un atto di indiscriminata clemenza, ma ha la finalità di non condannare ingiustamente quelle società che sono state incise da perdite straordinarie nel 2020 e di esonerare gli amministratori da responsabilità, ma se la società ha comunque finanza e una prospettiva di recupero. […] **spetta esclusivamente agli amministratori**, per le norme societarie che discendono dall'art. 2086 c.c., verificare se, nonostante la perdita sterilizzata, **sia ravvisabile la sussistenza della continuità aziendale**, alla stregua della sostenibilità del debito e della possibilità che, nel quinquennio, la perdita sia riassorbita. **E ai sindaci di controllare la congruenza delle loro scelte**» [Morara, *Sterilizzati gli effetti delle perdite sul capitale per cinque anni,* Eutekne info, 4/2/2021]

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: a) sterilizzazione delle perdite

«In altri termini, per utilizzare una definizione ormai condivisa , con il Decreto Liquidità il legislatore ha disapplicato non soltanto la regola ricapitalizza o liquida ma anche quella (desumibile dall'articolo 182-sexies l.f.) c.d. ripristina l'equilibrio finanziario o liquida. La società viene pertanto sottratta all'alternativa tra ricapitalizzazione e scioglimento senza condizionare la sospensione della regola ricapitalizza o liquida al ricorso ad una delle soluzioni concordate della crisi previste dalla legge fallimentare.
Più precisamente, per effetto dell'articolo 6 del Decreto Liquidità, il ricorso ad una soluzione concordata della crisi non costituisce, sino al 31 dicembre 2020, il presupposto necessario per la sospensione della regola ricapitalizza o liquida (e della correlata causa di scioglimento) ma **è rimesso, anche qualora le perdite abbiano ridotto il capitale sociale al di sotto del minimo legale, alla valutazione (e, dunque, alla discrezionalità) degli amministratori**. Non essendo previste dal Decreto Liquidità misure di improcedibilità per le domande di concordato o di omologa di accordi ristrutturazione dei debiti, **non è dubbio,** infatti, **che gli amministratori possano fare, anche nel corso del 2020, ricorso a tali strumenti qualora vi sia il rischio d'insolvenza ovvero siano consapevoli dell'impossibilità di riuscire a recuperare il normale andamento di esercizio e non reputino sufficienti le misure apprestate dal legislatore dell'emergenza**» [Strampelli, *La preservazione della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti ''Liquidità'' e ''Rilancio'',* Riv. delle società, 2, 2020, 353]

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo : a) sterilizzazione delle perdite

«[…]**non è dubbio,** infatti, **che gli amministratori possano fare, anche nel corso del 2020, ricorso a tali strumenti qualora vi sia il rischio d'insolvenza ovvero siano consapevoli dell'impossibilità di riuscire a recuperare il normale andamento di esercizio e non reputino sufficienti le misure apprestate dal legislatore dell'emergenza**» [Strampelli, *La preservazione della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti ''Liquidità'' e ''Rilancio'',* Riv. delle società, 2, 2020, 353]

Il controllo dei Sindaci si estende alle motivazioni delle scelte compiute dagli Amministratori e, dunque, all'apparato argomentativo illustrato in Nota integrativa a sostegno dell'opzione a favore del ricorso della «sterilizzazione» dei debiti che è una delle tre soluzioni possibili:

- **Ricapitalizzare**
- **Sterilizzare il debito**
- **Ricorrere all'attivazione di una ''procedura concorsuale''**

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: b) sterilizzazione degli ammortamenti

Art. 60 (d.l. 104/2020, modif. l. 126/2020) – *Rifinanziamenti di misure a sostegno delle imprese*
[…]
7-bis. I soggetti che non adottano i princìpi contabili internazionali, nell'esercizio in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono, anche in deroga all'*articolo 2426, primo comma, numero 2), del codice civile*, **non effettuare fino al 100 per cento dell'ammortamento annuo del costo delle immobilizzazioni materiali e immateriali, mantenendo il loro valore di iscrizione, così come risultante dall'ultimo bilancio annuale regolarmente approvato**. La quota di ammortamento non effettuata ai sensi del presente comma è imputata al conto economico relativo all'esercizio successivo e con lo stesso criterio sono differite le quote successive, **prolungando quindi per tale quota il piano di ammortamento originario di un anno**. Tale misura, in relazione all'evoluzione della situazione economica conseguente alla pandemia da SARS-COV-2, può essere estesa agli esercizi successivi con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze.
7-ter. I soggetti che si avvalgono della facoltà di cui al comma 7-bis destinano a una **riserva indisponibile utili di ammontare corrispondente alla quota di ammortamento non effettuata in applicazione delle disposizioni di cui al medesimo comma**. In caso di utili di esercizio di importo inferiore a quello della suddetta quota di ammortamento, la riserva è integrata utilizzando riserve di utili o altre riserve patrimoniali disponibili; in mancanza, la riserva è integrata, per la differenza, accantonando gli utili degli esercizi successivi

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: b) sterilizzazione degli ammortamenti

Art. 60 (d.l. 104/2020, modif. l. 126/2020) – *Rifinanziamenti di misure a sostegno delle imprese*
7-quater. La nota integrativa dà conto delle ragioni della deroga, nonché dell'iscrizione e dell'importo della corrispondente riserva indisponibile, indicandone l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico dell'esercizio.

OIC – Bozza documento interpretativo 9 (in consultazione sino al 10.2.2021)
«[…] la scelta in merito alla quota di ammortamenti che la società decide di non effettuare deve essere coerente con le ragioni fornite in nota integrativa ai sensi del comma 7-quater. Si sottolinea che la norma è inserita in un contesto normativo preordinato ad introdurre misure agevolative dovute alla pandemia.
[…]
Pertanto in nota integrativa la società indica:
a) Su quali immobilizzazioni ed in che misura non sono stati effettuati gli ammortamenti;
b) Le ragioni che l'hanno indotta ad avvalersi della deroga e
c) L'impatto della deroga in termini economici e patrimoniali»

«La scelta in merito all'unità elementare di contabilizzazione deve, comunque, essere coerente con le ragioni che hanno indotto la società a non effettuare gli ammortamenti»
[Latorraca, *Ammortamenti 2020 sospesi anche nel bilancio consolidato*, Eutekne info, 26/1/2021

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: c) sterilizzazione della continuità aziendale

Art. 38-*quater* (d.l. 34/2020, modif. l. 77/2020) – *Disposizioni transitorie in materia di principi di redazione del bilancio*

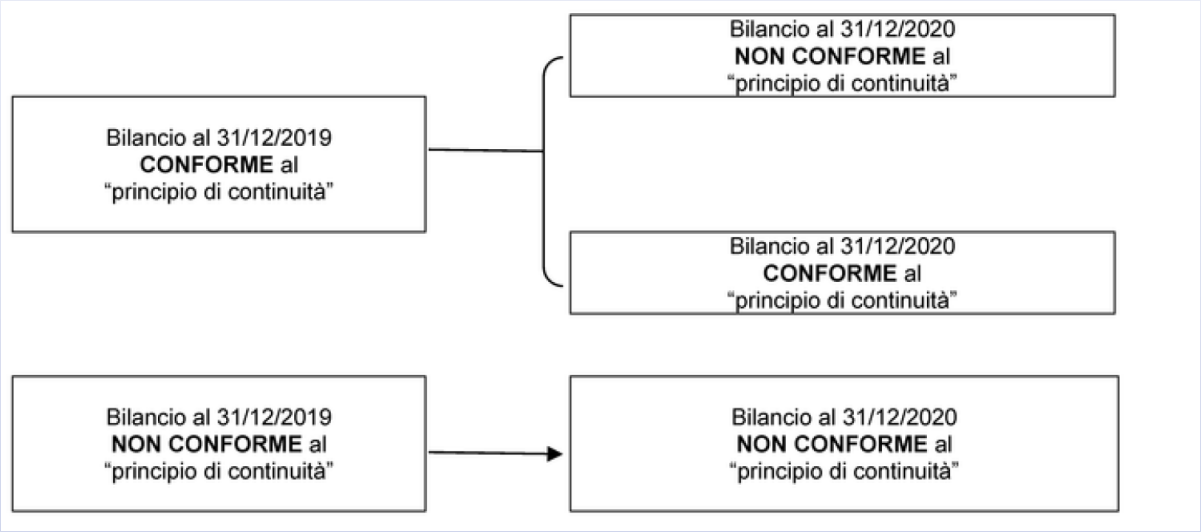
2. Nella predisposizione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci e della **prospettiva della continuazione dell'attività** di cui all'*articolo 2423-bis, primo comma, numero 1), del codice civile* **può comunque essere effettuata sulla base delle risultanze dell'ultimo bilancio di esercizio chiuso entro il 23 febbraio 2020**. Le informazioni relative al presupposto della continuità aziendale sono fornite nelle politiche contabili di cui all'*articolo 2427, primo comma, numero 1), del codice civile* anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente. Restano ferme tutte le altre disposizioni relative alle informazioni da fornire nella nota integrativa e alla relazione sulla gestione, comprese quelle relative ai rischi e alle incertezze derivanti dagli eventi successivi, nonché alla capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito.

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: c) sterilizzazione della continuità aziendale

Art. 38-*quater* (d.l. 34/2020, modif. l. 77/2020) – *Disposizioni transitorie in materia di principi di redazione del bilancio*

2. […] la valutazione delle voci e della prospettiva della continuazione dell'attività […] può comunque essere effettuata sulla base delle risultanze dell'ultimo bilancio di esercizio chiuso entro il 23 febbraio 2020».



(Dezzani, *Bilancio al 31/12/2020: assenza del requisito di continuità aziendale e possibilità di deroga*, Il Fisco 5/2021, p. 460)

- La deroga non è operante se nel precedente bilancio chiuso al 31/12/2019 non si era riscontrato il principio di continuità aziendale: considerata l'importanza di tale presupposto, l'esistenza del principio dovrà formare oggetto di particolare attenzione.

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: c) sterilizzazione della continuità aziendale

OIC – Documento interpretativo 6 del giugno 2020

NOTA INTEGRATIVA

11 La disposizione normativa, come detto, non altera il quadro normativo concernente le informazioni dovute nella Nota Integrativa e nella Relazione sulla gestione. Il bilancio deve assicurare una concreta e corretta valenza informativa nei confronti dei terzi. Si rende quindi necessario, al di là delle deroghe definite nelle modalità applicative (par. 10 e 11 dell'interpretativo) fornire in nota integrativa non solo informativa circa la scelta fatta dall'impresa di avvalersi della deroga della norma, ma anche un quadro aggiornato circa la capacità dell'azienda, alla data di approvazione del bilancio, di continuare ad operare nel prossimo futuro. Al riguardo le informazioni relative ai fatti successivi che non comportano aggiustamenti al bilancio ai sensi del paragrafo 64 dell'OIC 29 e quelle relative alle situazioni di significativa incertezza di cui al paragrafo 22 dell'OIC 11 sono particolarmente rilevanti. Data la rilevanza che può assumere quest'ultima, quando ne sussistono le condizioni, si è deciso di riportarne il contenuto anche all'interno dell'interpretativo al paragrafo 13.

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: c) sterilizzazione della continuità aziendale

Art. 38-*quater* (d.l. 34/2020, modif. l. 77/2020) – *Disposizioni transitorie in materia di principi di redazione del bilancio*

2. Restano ferme tutte le altre disposizioni relative alle informazioni da fornire nella nota integrativa […].

«In particolare, tale società deve descrivere nella **nota integrativa** le significative **incertezze** in merito alla capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio. Inoltre nella nota integrativa devono essere fornite le informazioni relative ai **fattori di rischio**, alle **assunzioni** effettuate e alle **incertezze** identificate, nonché ai **piani aziendali futuri** per far fronte a tali rischi ed incertezze. […] Infine, nei casi in cui, nell'arco temporale futuro di riferimento, non si ritenga sussistano ragionevoli alternative alla **cessazione dell'attività**, nella nota integrativa sono descritte tali circostanze e, per quanto possibile e attendibile, i prevedibili effetti che esse potrebbero produrre sulla situazione patrimoniale ed economica della società» (Dezzani, *Bilancio al 31/12/2020: assenza del requisito di continuità aziendale e possibilità di deroga*, Il Fisco 5/2021, p. 460)

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: c) sterilizzazione della continuità aziendale

«Risulta pertanto confermato che oggetto della sterilizzazione normativa non è dunque la verifica del *going concern*, ma gli effetti che la perdita del requisito determina sull'iscrizione delle poste di bilancio […] Anche la nuova formulazione non esonera dunque gli amministratori dall'obbligo di procedere a una valutazione della continuità aziendale, che rimane oggetto di valutazione per il tramite di assetti a tal fine adeguati e destinati ad un doveroso adattamento al nuovo scenario. La convergente indicazione del paragrafo 22 del del principio OIC 11 e del secondo comma dell'art. 2086 impone, rispettivamente, di illustrare i piani aziendali futuri per far fronte alle incertezze e di attivare strumenti idonei al recupero della continuità aziendale.

Su tutto ciò dovranno vigiliare i sindaci unitamente al puntuale assolvimento da parte degli amministratori circa gli obblighi d'informativa relativi al presupposto della continuità aziendale».

[Cavalluzzo, *Società e sindaci: test di continuità*, in *Telefisco 2021,* 162]

Lo scenario COVID: vigilanza del Collegio

Quadro normativo: c) sterilizzazione della continuità aziendale

«L'organo di controllo dovrà, dunque, approfondire i risvolti attuali e prospettici derivanti dall'impatto dell'evento pandemico e le azioni che gli amministratori hanno posto in essere e intendono attuare nel prossimo futuro. La discontinuità prodotta dall'epidemia da COVID-19 ha messo sotto forte stress gli assetti organizzativi e solo le società in grado di rilevare ed elaborare in modo tempestivo e appropriato informazioni saranno in grado di assumere decisioni consapevoli e quindi avere maggiori chance di resilienza»
[Bozza-De Rosa, *Assetti organizzativi per far fronte alla crisi nella relazione unitaria di sindaci-revisori*, Eutekne info, 13/6/2020]

In definitiva il cerchio si chiude sull'art. 2403 c.c. e sulla centralità della vigilanza sull'adeguatezza (in termini di ragionevolezza) degli assetti organizzativi.

Anche in tempi di COVID per il Collegio sindacale
è centrale la triade
Obbligo di vigilanza – assetti organizzativi –
ragionevolezza delle argomentazioni spese in nota integrativa

Tenendo conto delle indicazioni interpretative fornite dalle
Norme di comportamento

Grazie per l’attenzione.