

Anno 10 – Numero 7

4 aprile 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

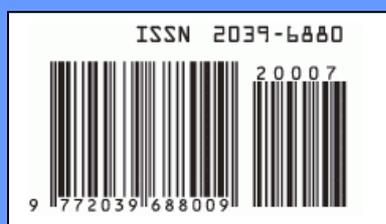
DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- **OBBLIGO DI INFORMATIVA TRA COLLEGIO SINDACALE E REVISORE LEGALE**
- **IL NUOVO ART. 136 TUB**
- **PAGAMENTI: ESENZIONE DALLA REVOCATORIA**

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Alessandro Bovio, Luca Mastromatteo, Emanuele Mattei, Maurizio Sciuto

INDICE

	<i>Page</i>
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?</i> di Oreste Cagnasso	8
<i>Le nuove istruzioni di vigilanza sulla "attività di rischio" delle banche e le "obbligazioni degli esponenti bancari" (art. 136 T.u.b.)</i> di Maurizio Sciuto	22
STUDI E OPINIONI	
<i>L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisore legale dei conti alla luce del d.lgs n. 39/2010</i> di Emanuele Mattei	37
COMMENTI A SENTENZE	
<i>La responsabilità del vettore aereo nella convenzione di Montreal (Corte d'Appello di Torino, 4 luglio 2011)</i> di Luca Mastromatteo e Alessandro Bovio	68
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	76
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	79

SOMMARIO

RELAZIONI A CONVEGNI

L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?

La relazione illustra alcuni profili ritenuti rilevanti quali strumenti interpretativi della disciplina dell'esenzione dalla revocatoria al fine di trarre da essi elementi di giudizio per risolvere alcuni problemi interpretativi.

di **Oreste Cagnasso**

STUDI E OPINIONI

Le nuove istruzioni di vigilanza sulla "attività di rischio" delle banche e le "obbligazioni degli esponenti bancari" (art. 136 T.u.b.)

La relazione prende in esame i profili d'interesse emergenti dal nuovo art. 136 T.U.B. In particolare l'Autore individua le aree di sovrapposizione, o di scarto, fra tale disciplina e quella di vigilanza, al fine di poter ricostruire il quadro complessivo degli obblighi che, all'uno o all'altro fine, le banche dovranno rispettare per poter legittimamente procedere al compimento di operazioni con i propri esponenti.

di **Maurizio Sciuto**

COMMENTI A SENTENZE

L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisore legale dei conti alla luce del d.lgs n. 39/2010

Il recente decreto sulla revisione ha modificato profondamente la disciplina della revisione legale dei conti modificando gli articoli del codice civile che regolamentavano la materia ma lasciando intatta la prescrizione di cui all'art. 2409septies c.c. relativa allo scambio di informazioni tra collegio sindacale e revisore. L'Autore, partendo dalla disamina di dottrina e giurisprudenza sul tema, si sofferma sulla rilevanza di tale obbligazione e sulla centralità che le informazioni rappresentano nel rinnovato sistema dei controlli societari.

di **Emanuele Mattei**

La responsabilità del vettore aereo nella convenzione di Montreal (Corte d'Appello di Torino, 4 luglio 2011)

Un'interessante sentenza della Corte d'Appello di Torino ha precisato il concetto di "evento" ed il problema dell'onere della prova nell'ambito della Convenzione di Montreal, basandosi su recenti pronunce straniere.

di **Luca Mastromatteo e Alessandro Bovio**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
REPORTS ON CONFERENCES	
Exemption from revoking measures of payments for goods and services: a tool to protect the value of the company, market or suppliers?	8
<i>The report explains some problematic issues raised by discipline of revoking measures in order to find related solutions.</i>	
by Oreste Cagnasso	
New instructions about vigilance on bank “risky activities” and “bank representatives’ bonds” (art. 136 T.U.B.)	22
<i>The report examines some issues raised by new art. 136 of the T.U.B. (a sort of code for credit and financial services). The Author focuses especially on some overlappings and mismatches among the rule and discipline about vigilance in order to outline obligations that banks must fulfil to carry out a transaction with the help of their representatives.</i>	
by Maurizio Sciuto	
STUDIES AND OPINIONS	
The duty to inform related to “collegio sindacale” and Board of Statutory Auditors in the light of the decree n. 39/2010.	37
<i>The recent Italian decree n. 39/2010 deeply modified the legal subject concerning auditing of accounts, amending the Italian Civil Code’s articles related to this matter, with the exception of article 2409 septies, which regards the duty to inform between collegio sindacale and Board of Statutory Auditors. The Author examines the case-law and underlines the importance of this obligation in the renewed corporations controlling’s system.</i>	
by Emanuele Mattei	

INDEX-ABSTRACT

COMMENTS ON JUDGEMENTS

An interesting Court of Appeal of Turin decision pointed out the concept of “event” and the problem of the burden of proof in the frame of Montreal Convention, on the basis of recent foreign case law. 68
by **Luca Mastromatteo** and **Alessandro Bovio**

RELAZIONI A CONVEGNI

L'ESENZIONE DALLA REVOCATORIA DEI PAGAMENTI DI BENI E SERVIZI: STRUMENTO DI TUTELA DEL VALORE DELL'AZIENDA, DEL MERCATO, DEI FORNITORI?*

La relazione illustra alcuni profili ritenuti rilevanti quali strumenti interpretativi della disciplina dell'esenzione dalla revocatoria al fine di trarre da essi elementi di giudizio per risolvere alcuni problemi interpretativi.

di ORESTE CAGNASSO

1. Il dato normativo

L'art. 67 comma 3 lett. a) l. f. prevede, come è noto, l'esenzione dalla revocatoria per i pagamenti di beni e servizi effettuati dall'imprenditore nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso¹.

* Relazione tenuta a Roma il 10 febbraio 2012 in occasione del Convegno organizzato dall'Associazione Orizzonti del diritto commerciale sul tema "La protezione dei soggetti deboli tra equità ed efficienza".

¹ Il tema è stato oggetto di ampio esame da parte della dottrina. V., in partic., CAVALLI, in *Il Nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto da A. Jorio e M. Fabiani, 1, Bologna, 2007, p. 945 ss.; ID., *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, in *Fall.*, 2007, p. 982 ss.; ID., in *Il fallimento*, in *Trattato di dir. comm.* diretto da G. Cottino, Padova, 2010, p. 423 ss.; BONFATTI, in *Il fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da G. Feuceglia e L. Panzani, 1, Torino, 2009, p. 608 ss.; PLENTEDA, in *Trattato delle procedure concorsuali* diretto da L. Ghia - C. Piccininni - F. Severini, 2, Torino, 2011, p. 201 ss.; SALAMONE, *L'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare dei "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso"*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, I, p. 430 ss.; GIORGI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, in *Fall.*, 2007, p. 982 ss.; GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 163 ss.; MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, *ibid.*, 2006, I, p. 207 ss.; TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 254 ss.; F.S. MARTORANO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti "nei termini d'uso"*, *ibid.*, 2006, I, p. 189 ss.; MENTI, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2007, p. 498 ss.; NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma*

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

Il dato letterale offre alcuni elementi sostanzialmente certi, ma presenta anche numerosi e rilevanti profili di dubbio.

Si tratta di una delle numerose esenzioni da revocatoria introdotte dal legislatore in occasione delle recenti riforme in materia fallimentare.

La disposizione ora richiamata non contiene alcun riferimento al profilo soggettivo, ma riconduce la fattispecie esclusivamente a profili di carattere oggettivo: pertanto non assume rilevanza la conoscenza (o la non conoscenza) da parte del fornitore dello stato di insolvenza dell'imprenditore.

L'esenzione ha per oggetto, sempre in conformità al dato testuale, i pagamenti di beni o servizi.

Inoltre il legislatore prevede un necessario collegamento tra essi e l'esercizio dell'impresa: vengono, infatti, in considerazione, come si è già osservato, i pagamenti di beni e servizi effettuati dall'imprenditore nell'esercizio dell'attività di impresa. Alla luce di tale dato normativo assume rilevanza esclusivamente il carattere strumentale del pagamento dei beni o dei servizi e quindi di questi ultimi rispetto all'esercizio dell'impresa, verificabile oggettivamente con un giudizio *ex ante*.

Da ciò consegue che, per contro, non rileva ai fini dell'esenzione da revocatoria l'effettiva utilizzazione dei beni e dei servizi nell'esercizio dell'attività di impresa. Pertanto, purchè si tratti di fattori produttivi, la circostanza che non vengano utilizzati o siano effettivamente utilizzati in altri contesti (per esempio, a fini personali o per attività di imprese differenti) non costituisce elemento impeditivo dell'applicazione dell'esenzione.

Parimenti - e la circostanza mi pare che debba essere particolarmente sottolineata - non viene in considerazione, nel dettato normativo, il fatto che si tratti di beni o servizi utili o che addirittura la loro acquisizione abbia arrecato un pregiudizio ai creditori, consentendo la continuazione dell'attività di impresa con aggravamento dell'insolvenza.

La disposizione prevede infine che i pagamenti di beni e servizi esonerati dalla revocatoria siano stati effettuati dall'imprenditore non solo nell'esercizio dell'impresa, ma anche nei termini d'uso. La formula usata dal legislatore ha dato molto "filo da torcere" ai commentatori ed alle non numerose pronunce sul punto. In effetti non è chiaro in primo luogo a quale elemento della fattispecie di esenzione delineata dal legislatore si riferisca la formula in questione.

dell'art. 67 l. fall., *ibid.*, 2009, p. 14 ss.; FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, *ibid.*, 2005, p. 573 ss..

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

Come pure dubbio è il contenuto della medesima e quindi che cosa debba intendersi sia con la parola “termini” sia con l’espressione “d’uso”.

In dottrina si è suggerito di riferire la formula ai beni o ai servizi, all’esercizio dell’attività di impresa o ai pagamenti².

La prima interpretazione non pare coerente con lo stesso dato letterale: secondo quest’ultima, il legislatore avrebbe, nel descrivere la fattispecie, usato l’espressione “beni e servizi effettuati nei termini d’uso”, ma, così ricostruita, la parola “effettuati” potrebbe essere riferita ai servizi, ma non si adatta ai beni.

Una seconda interpretazione, come si è osservato, collega i “termini d’uso” all’esercizio dell’attività di impresa³. Tale accostamento appare conforme al dato letterale, ove appunto la formula termini d’uso è immediatamente successiva all’espressione “nell’esercizio dell’attività di impresa”. Inoltre si tratta di una lettura omogenea con l’indicazione risultante dall’esame dei lavori preparatori della riforma. Infine, ed ovviamente è l’elemento più significativo, l’interpretazione proposta può sembrare coerente con la struttura dell’esenzione, individuando un limite al collegamento tra l’acquisizione di beni e servizi e l’esercizio dell’impresa. In tale prospettiva il senso della formula appare sostanzialmente univoco e fa riferimento all’ordinario bisogno dell’imprenditore e quindi a quei fattori produttivi, sia sotto il profilo qualitativo sia sotto quello quantitativo, che rappresentano i normali strumenti per l’esercizio dell’attività di impresa.

Un’ultima interpretazione collega i termini d’uso ai pagamenti. A parte la circostanza, puramente formale, della lontananza “topografica”, all’interno della disposizione, tra la parola “pagamenti” e la locuzione “termini d’uso”, questa lettura pone all’interprete molti dubbi in ordine alla ricostruzione del significato dell’espressione. “Termini” sono da intendere solo i tempi dei pagamenti o anche altre modalità?. L’“uso” si riferisce al settore del mercato in cui operava l’imprenditore fallito o ai particolari rapporti tra quest’ultimo e il fornitore?

2. Gli interessi in gioco

Come si è osservato, la collocazione dell’esenzione in esame all’interno del terzo comma dell’art. 67 l.f. e quindi nel contesto di un complesso e variegato insieme di ipotesi, la costruzione della stessa in chiave oggettiva, l’enfasi data dal legislatore al collegamento tra i pagamenti e l’esercizio dell’impresa, nonché il riferimento ai termini d’uso costituiscono i dati normativi di partenza, da cui l’interprete deve prendere le mosse per tentare di ricostruire compiutamente la fattispecie e risolvere i molti problemi che derivano da essa.

² V. l’efficace sintesi in CAVALLI, in *Il Fallimento*, cit., p. 425 ss..

³ CAVALLI, *op. ult. cit., loc. cit.*

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

Un possibile percorso è quello volto a ricostruire il fondamento della norma e in particolare gli interessi presi in considerazione dal legislatore al fine poi, alla luce di tale risultato, di affrontare i profili interpretativi aperti dalla stessa. In tale prospettiva può essere utile dapprima individuare gli interessi in astratto tutelabili e poi verificare quelli in concreto tutelati dalla disposizione.

Un secondo percorso interpretativo, affine al precedente e che può rappresentare una sorta di verifica dello stesso, è quello diretto a cogliere i possibili “scenari” in cui l’esenzione potrebbe inserirsi e l’impatto sugli stessi.

2.1. Un primo fondamentale obiettivo, è evidente, potrebbe essere quello di consentire la continuazione dell’attività di impresa al fine di favorire o l’accesso a procedure alternative al fallimento o, in caso di apertura di quest’ultimo, l’esercizio provvisorio o l’affitto d’azienda o quantomeno la vendita dell’azienda nel suo complesso o di rami della stessa e ciò nella prospettiva, fatta propria dal legislatore della riforma, della miglior valorizzazione di quest’ultima e quindi della miglior soddisfazione delle ragioni dei creditori.

Il perseguimento di tal finalità dovrebbe però incontrare un limite o comunque avere per presupposto che la continuazione dell’attività di impresa sia o idonea a produrre un utile o quantomeno, se in perdita, possa consentire, attraverso le procedure alternative o il fallimento, una “collocazione sul mercato” ad un valore tale da compensare le perdite.

Non avrebbe per contro giustificazione ove diretta ad aggravare lo stato di dissesto, in presenza di un’azienda comunque destinata a non sopravvivere e ad essere “disgregata”.

In tale prospettiva il legislatore avrebbe potuto introdurre meccanismi di controllo per verificare quando la continuazione dell’esercizio dell’impresa rappresenti una circostanza favorevole ai creditori e quando la medesima ne pregiudichi gli interessi, anche se si tratterebbe di regole di non facile ideazione ed applicazione.

2.2. Un secondo tipo di interesse che il legislatore avrebbe potuto prendere in considerazione è quello della classe dei fornitori, che potrebbero essere considerati, salvo in presenza di determinati presupposti e soprattutto di alcuni limiti, degni di tutela.

In questa prospettiva i pagamenti di beni o servizi diretti all’esercizio dell’impresa potrebbero essere sempre esonerati dall’azione revocatoria, indipendentemente dall’utilizzo effettivo, da un eventuale utilizzo a fini diversi, dalla loro utilità o anche dal carattere pregiudizievole in quanto idonei a continuare l’esercizio dell’impresa con aggravamento dello stato di dissesto.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

2.3. Un ulteriore interesse è quello riferito alla correttezza dei rapporti tra fornitori e imprenditori in crisi e quindi alla tutela in senso lato del mercato.

In questa prospettiva dovrebbero essere sanzionati comportamenti opportunistici dei fornitori diretti ad “approfittare” della situazione di crisi dell’imprenditore, quali l’ “imposizione” di condizioni non coerenti con l’esercizio normale dell’attività di impresa, di prezzi non congrui, di mezzi di pagamento anomali, di forniture di beni o di servizi non consone quantitativamente e qualitativamente con l’esercizio normale dell’impresa.

2.4. Quali di questi interessi sono stati effettivamente tutelati dal legislatore?

Certamente il primo: consentire la continuazione dell’attività di impresa al fine di agevolare l’utilizzo di strumenti alternativi alla procedura fallimentare o la miglior valorizzazione dell’azienda.

Si è tuttavia osservato che *“l’elemento della continuazione dell’attività è completamente assente dalla fattispecie; qualora si ritenesse il contrario, infatti, dovrebbe altresì sostenersi l’esigenza di cercare, nella situazione concreta, gli elementi indicativi di tale idoneità degli atti sottratti a revoca a consentire tale protrazione, non già nell’immediato, ma altresì nel medio e lungo termine”*⁴. Secondo l’Autore ora richiamato, *“il motivo reale per cui il legislatore ... esenta quegli atti che appaiono normali, ovvero conformi a standards comportamentali regolari, risiede nel fatto che difficilmente, in queste situazioni, il creditore può essere informato delle condizioni di salute finanziarie del debitore”*⁵.

La tesi non pare accoglibile: tale constatazione potrebbe condurre ad una presunzione relativa di non conoscenza dello stato di insolvenza da parte del fornitore che riceva un pagamento a fronte della prestazione di beni e di servizi rientranti nel normale esercizio dell’attività di impresa; non pare per contro coerente con la scelta del legislatore di introdurre una sorta di presunzione assoluta di non conoscenza, avendo costruito la fattispecie di esenzione in chiave oggettiva. In altre parole, se questa fosse la *ratio* della norma, non si comprenderebbe perché debba essere esentato dalla revocatoria il pagamento a favore di un fornitore nel caso in cui il curatore fosse in grado di provare la sua conoscenza dello stato di insolvenza.

La costruzione in chiave oggettiva dell’esenzione, senza la presenza di strumenti di accertamento *ex ante* o *ex post*, relativi all’utilizzo effettivo dei beni e dei servizi e al loro carattere di utilità e di non dannosità costituiscono elementi ricavabili dal dato letterale. Ma come giustificarli? Si tratta di una scelta diretta a non gravare i fornitori di un onere di ben difficile verifica⁶, oppure sono indizi che consentono di ritenere che il

⁴ GALLETTI, *Le nuove esenzioni*, cit., p. 165.

⁵ GALLETTI, *op. cit.*, p. 168.

⁶ V. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni*, cit., p. 225.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

legislatore abbia anche inteso tutelare una particolare categoria di creditori, appunto i fornitori? In altre parole, la circostanza che il bene o il servizio vengano utilizzati effettivamente per l'esercizio dell'impresa, che siano utili in tal senso e non dannosi rappresenta una verifica che comunque non può essere addossata al creditore, per cui è sufficiente l'oggettiva utilizzabilità del bene nel normale esercizio dell'impresa? Oppure tale elemento fa presumere che il legislatore abbia voluto, almeno a certe condizioni, tutelare in ogni caso la classe dei fornitori?

Tentare di fornire una risposta al quesito non è certo agevole, tenuto conto anche della stringatezza dei dati normativi. Forse un elemento significativo può essere costituito dalla risposta ad un'ulteriore domanda: quale sia la conseguenza derivante dalla conoscenza, da parte del fornitore, di una destinazione differente rispetto all'esercizio dell'impresa o dell'inutilità o addirittura della dannosità dei beni o dei servizi forniti all'imprenditore in crisi. Come si è osservato, *“la scelta del legislatore di omettere il riferimento a tali presupposti applicativi, sembra si giustifichi alla stregua di esigenze di certezza dei rapporti giuridici; essa, però, lascia spazio ad un'interpretazione ampia della norma, tale da escludere dalla revoca i pagamenti di prestazioni inutili, anche perché, ad esempio, effettuate quando l'attività di impresa fosse del tutto ferma ovvero in fase di liquidazione o, ancora, al fine di distrarre disponibilità liquide. Ora, a parte la possibilità del ricorso per il caso di abusi di strumenti di responsabilità - che si giustificherebbero in considerazione del fatto che la prestazione, lungi dall'aver apportato un vantaggio, ha contribuito ad aggravare lo stato di insolvenza - al fine di circoscrivere l'ambito applicativo dell'esenzione, sembra potersi attribuire rilievo anche al requisito richiesto per la sua applicazione, e cioè al fatto che il pagamento sia avvenuto in osservanza dei termini d'uso”*⁷.

Ove si ritenesse che in tal caso non potesse venire in considerazione l'esenzione dalla revocatoria, si potrebbe concludere che in effetti la stessa è volta esclusivamente al raggiungimento di obiettivi di efficienza e non, se non del tutto indirettamente, di tutela di una classe di creditori. Infatti delle due l'una: o il fornitore non è in grado di conoscere l'effettiva destinazione e utilità dei beni e dei servizi, ed allora pare equo in ogni caso far valere la tutela che lo esenta dalla revocatoria, qualora i beni e i servizi rientrassero nell'esercizio normale dell'attività di impresa; per contro, ove fosse a conoscenza dell'effettiva destinazione ed inutilità o dannosità di questi ultimi, seguendo la soluzione sopra prospettata, non si può che arrivare alla conclusione dell'inapplicabilità dell'azione revocatoria.

Ma è proprio la correttezza di tale soluzione ad apparire dubbia, non trovando punti di riferimento normativi di sicura valenza.

⁷ MEOLI, *op. cit.*, p. 226 - 6.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

In primo luogo, come si è già osservato, la conoscenza o non dello stato di insolvenza risulta irrilevante ai fini dell'esonazione da revocatoria. Essa infatti è "*fondata sulle oggettive caratteristiche funzionali di alcune tipologie di operazioni*"⁸. Nessun elemento normativo induce a ritenere che sia rilevante l'ulteriore stato soggettivo consistente nella conoscenza della destinazione dei beni e dei servizi. Ovviamente esula da tale ipotesi quella caratterizzata addirittura da un concorso del fornitore in una fattispecie di reato a carico dell'imprenditore. Ma, a parte ciò, non sembrano rilevare gli stati soggettivi del fornitore, in presenza di un'esonazione che pare tutta delineata in chiave oggettiva.

Ove si accogliesse tale prospettiva, verrebbe quindi in considerazione una finalità di tutela comune del fornitore di beni e servizi destinati all'esercizio normale dell'impresa, indipendentemente dall'effettivo vantaggio nell'ottica della tutela dei creditori.

L'ulteriore interesse alla correttezza dei rapporti giuridici e quindi la non esentabilità da revocatoria di comportamenti con cui i fornitori "approfittino" dello stato di crisi non può che essere tenuto presente dal legislatore e quindi costituire un limite alla tutela ad essi accordata con l'esonazione dalla revocatoria.

Invero, come si è giustamente sottolineato, occorre "*sceverare le condotte ritenute utili al superamento della crisi ed alla conservazione di valori organizzativi dalle condotte che perseguono obiettivi puramente egoistici*"⁹.

In altre parole, ove, in particolare, il fornitore tenesse comportamenti non corretti, fornendo beni non coerenti, qualitativamente o quantitativamente, con l'esercizio dell'impresa oppure imponendo condizioni "inique", verrebbe meno ogni giustificazione dell'esonazione sia nella prospettiva della tutela dell'interesse alla continuazione dell'impresa, sia in quella della tutela dell'interesse dei fornitori. Infatti, da un lato, l'"approfittamento" da parte del fornitore si porrebbe in contrasto con l'esigenza di garantire, per quanto possibile, la continuità dell'esercizio dell'impresa e, d'altra parte, non vi sarebbe alcuna ragione per tutelare un creditore che ponga in essere comportamenti non corretti.

Pertanto, attraverso l'introduzione dell'esonazione in esame, che è stata considerata l'innovazione più rilevante nell'ambito delle varie ipotesi previste nel terzo comma dell'art. 67 l. f.¹⁰, si sono "*immolati sull'altare dell'efficienza economica i più alti ideali della giustizia distributiva*"¹¹; anche se in realtà "*la redistribuzione delle perdite, operata dalla revocatoria, finiva in molti casi col produrre, come unico effetto -*

⁸ TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 249.

⁹ TERRANOVA, *op. cit.*, p. 253.

¹⁰ TERRANOVA, *op. cit.*, p. 254.

¹¹ TERRANOVA, *op. cit.*, p. 247.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

vista l'esiguità delle percentuali distribuite ai creditori - un puro e semplice trasferimento di risorse a favore di certe classi di professionisti¹².

3. Gli “scenari” ipotizzabili

Un ulteriore percorso interpretativo utile al fine di ricostruire la portata e i contorni dell'esenzione è quello diretto ad individuare gli “scenari” in cui la stessa può venire in considerazione.

Una prima ipotesi è quella relativa ad un'attività di impresa il cui esercizio produce utili, in una situazione di crisi o di insolvenza derivante da un indebitamento pregresso (ad esempio, per operazioni finanziarie erronee o illecite, per sopravvenienze passive non previste, per la presenza di investimenti eccessivamente gravosi ...). In tale situazione ovviamente la continuazione dell'attività di impresa non solo è idonea a mantenerne i valori, ma è altresì vantaggiosa.

Un secondo caso è quello di un'attività di impresa in grado di produrre utili solo in presenza di un intervento finanziario. Ad esempio, qualora l'imprenditore o la società in stato di crisi abbiano effettuato un investimento che sarebbe idoneo ad ampliare l'attività produttiva ed a produrre utili, solo ove venisse completato e a tal fine non vi fossero disponibilità sufficienti, ma fosse necessario un finanziamento.

Un ulteriore “scenario” è quello dell'esercizio di impresa la cui continuazione produrrebbe sì perdite, tuttavia compensate dal maggior valore che avrebbe l'azienda collocata sul mercato in funzionamento, mentre la cessazione dell'attività di impresa potrebbe comportare la perdita dell'avviamento, e ciò in una situazione di liquidità dell'imprenditore in crisi che comunque consenta la continuazione dell'esercizio dell'impresa.

Analoga, anche se in parte differente, è la situazione che richiede all'imprenditore, per continuare l'attività di impresa con esiti favorevoli in caso di collocazione sul mercato, di ricorrere ad un finanziamento.

Un'ultima fattispecie è quella per cui la continuazione dell'attività di impresa aggravi il dissesto, senza produrre alcun vantaggio.

L'esenzione, costruita in chiave oggettiva, tenuto conto del solo dato letterale, potrebbe venire in considerazione in tutti questi casi.

E' evidente che nella prima ipotesi l'esenzione, ponendo i fornitori al riparo dalla revocatoria e consentendo così la continuazione dell'attività di impresa, persegue finalità di efficienza, sacrificando, come si è già osservato, regole di equità distributiva. Invero in tal caso il pagamento contestuale o comunque nei termini d'uso delle

¹² TERRANOVA, *ibid.*.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

prestazioni di beni o servizi è possibile in quanto l'attività di impresa è in grado di produrre utili e quindi di autofinanziarsi. Analogo discorso vale anche nella terza fattispecie delineata, sul presupposto che l'imprenditore, pur in una situazione di produzione in perdita, abbia la liquidità sufficiente per continuare l'esercizio dell'impresa, consentendo in tal modo di mantenere il valore di avviamento, naturalmente qualora l'azienda in funzionamento abbia un valore tale da compensare le perdite.

In una prospettiva differente si collocano il secondo e il quarto "scenario". Infatti in tali ipotesi occorre un finanziamento per perseguire obiettivi di efficienza derivanti dalla continuazione dell'attività. In tal caso appare coerente con il sistema e con l'insieme delle esenzioni (in particolare quelle connesse agli atti di esecuzione dei piani che consentano soluzioni alternative al fallimento) ritenere appunto che, al fine di consentire l'applicazione dell'esenzione, occorra la predisposizione di un siffatto piano, che attesti la ragionevolezza della previsione. D'altra parte la soluzione non rappresenta una forzatura del dato letterale, dal momento che i finanziamenti sembrano difficilmente collocabili all'interno della fornitura di servizi.

Nell'ultimo scenario l'esenzione, tenuto conto del dato testuale, pare ugualmente applicabile, comportando una sorta di tutela della classe dei fornitori.

4. I presupposti dell'esenzione

Tenendo conto degli interessi tutelati e degli "scenari" ipotizzabili può risultare più agevole ricostruire la portata dell'esenzione.

L'obiettivo di fondo perseguito dal legislatore è, come si è visto, quello dell'efficienza nell'ottica della tutela dei creditori a discapito della giustizia distributiva attraverso una redistribuzione delle perdite mediante lo strumento dell'azione revocatoria¹³.

4.1. I creditori tutelati sono, lo si è ripetuto più volte, i fornitori di beni o di servizi strumentali all'esercizio dell'impresa.

4.2. Sono esonerati i pagamenti, non i contratti a monte degli stessi (né i rinnovi) e neppure le vendite a valle. Le scelte del legislatore possono invero destare qualche perplessità. Vengono in considerazione sia i pagamenti ripetuti sia quelli isolati e quindi tanto i flussi di risorse come l'acquisizione di singole risorse.

4.3. Per beni e servizi si intende "*l'intera varietà delle produzioni di impresa*"¹⁴ e quindi sia le acquisizioni in proprietà sia l'acquisizione della semplice disponibilità.

¹³ TERRANOVA, *op. cit.*, p. 247.

¹⁴ MENTI, *La revoca dei pagamenti*, cit., p. 504.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

Naturalmente non rientrano nell'ambito dell'esenzione i beni o i servizi forniti per esigenze personali.

Più complesso è il discorso relativo all'interpretazione del termine servizi, dubitando, come si è già osservato, se in essi possano rientrare anche quelli finanziari.

Al proposito potrebbe venire in considerazione la specifica disciplina prevista per il contratto di *leasing*, ove sono esonerati dalla revocatoria i pagamenti dei canoni pregressi. Ma in realtà si tratta di una norma "bivalente": infatti può essere intesa come una conferma della normale esenzione da revocatoria dei pagamenti di servizi in senso lato finanziari oppure come un'eccezione rispetto ad una regola di segno opposto¹⁵.

La *ratio* di tutela dell'interesse alla continuazione dell'esercizio dell'impresa parrebbe fornire elementi di giudizio a favore di un'interpretazione ampia del termine servizio, che ricomprenda anche quelli di natura finanziaria. Infatti anch'essi costituiscono strumenti necessari per garantire la continuazione dell'attività d'impresa¹⁶.

Tuttavia tale ampia lettura non sembra accoglibile per i rilevi sopra illustrati¹⁷. Infatti, tenuto conto dell'intero sistema delle esenzioni ed alla luce degli "scenari" in cui si può inserire, l'esenzione dei finanziamenti presuppone che questi ultimi siano "collegati" all'esecuzione di un piano all'interno di una soluzione alternativa al fallimento.

Ovviamente non vengono in considerazione i crediti arretrati e così le rate di mutuo non pagate.

4.4. I limiti all'esenzione sono costituiti dall'inerenza dei beni e servizi all'esercizio dell'impresa ed al rispetto dei termini d'uso.

Se si prendono in considerazione gli interessi tutelati, illustrati nei precedenti paragrafi, non può che concludersi nel senso che i beni e i servizi debbano riferirsi all'esercizio dell'impresa secondo parametri in senso lato di normalità. Pertanto non potrebbe essere esentato da revocatoria il pagamento di beni o di servizi che qualitativamente o quantitativamente siano estranei rispetto all'esercizio dell'impresa. Infatti, come si è osservato, verrebbe meno in tal caso la ragione di tutela di comportamenti efficienti rispetto all'obiettivo di conservazione dell'impresa, ed anzi si prospetterebbe l'opportunità di "sanzionare" comportamenti che potrebbero essere non solo inefficienti, ma anche iniqui nei confronti dell'imprenditore in crisi.

Con riferimento al requisito costituito dall'esercizio dell'impresa è ancora da escludere l'esonero di atti diretti a raggiungere "*finalità non inerenti all'oggetto sociale*"¹⁸. Inoltre sono stati sollevati dubbi in ordine all'estensione dell'esenzione a

¹⁵ MENTI, *op. cit.*, p. 504 e nt 35 e v. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 286.

¹⁶ MENTI, *op. cit.*, p. 504, nt. 34 e ivi indicazioni.

¹⁷ TERRANOVA, *op. cit.*, p. 254.

¹⁸ MEOLI, *op. cit.*, p. 225.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

determinate fasi, ritenute estranee appunto al normale esercizio. In particolare l'esenzione può essere applicata in sede di liquidazione? La risposta pare dover essere positiva, tenuto conto che atti di impresa possono essere posti in essere durante tale fase, sia pure nei limiti della compatibilità con essa e che può essere previsto l'esercizio provvisorio. Pertanto l'esigenza di fondo di protezione del valore dell'azienda viene in considerazione anche in tal caso¹⁹. Analogo discorso è estensibile al caso di impresa temporaneamente inattiva²⁰.

4.5. Sempre nell'ottica della tutela degli interessi illustrati, il limite costituito dai termini d'uso è riferibile alle condizioni normalmente praticate nell'esercizio dell'impresa, al fine appunto di non esentare condotte inefficienti e soprattutto inique. Così risulta in termini d'uso il pagamento mano contro mano, sia pure da interpretare in senso lato²¹, come anche il pagamento anticipato²². Così, come si è già osservato, non sono sicuramente conformi ai termini d'uso i pagamenti con mezzi anomali, quali la *datio in solutum*, e i pagamenti di crediti non scaduti, come pure quelli di crediti arretrati. Più incerta l'ipotesi del pagamento da parte di un terzo²³.

Per contro le modalità del pagamento non assumono rilevanza quali indici della conoscenza o della non conoscenza dello stato di insolvenza. Se l'esenzione è stata costruita e deve essere intesa in chiave oggettiva, le modalità di pagamento o in genere le condizioni sono da qualificare in termini d'uso nella sola prospettiva dell'esenzione da revocatoria, e non in quella di elementi indiziari della conoscenza o non dello stato di insolvenza²⁴.

Quanto al "tipo" di uso rilevante, se quello praticato dal singolo imprenditore o quello relativo al settore, si dovrà verificare se i pagamenti siano stati effettuati ad un fornitore abituale o occasionale. Nel primo caso verranno in considerazione i comportamenti abitualmente tenuti dalle parti, nel secondo caso le prassi del settore²⁵.

¹⁹ V. GALLETTI, *op. cit.*, p. 176; MENTI, *op. cit.*, p. 105 s.

²⁰ V. MENTI, *op. cit.*, p. 506.

²¹ TERRANOVA, *op. cit.*, p. 255 ss sul fondamento del modello tedesco; MEOLI, *op. cit.*, p. 226 s.

²² Per la negativa MENTI, *op. cit.*, p. 510, nt. 86; per la soluzione positiva TERRANOVA, *op. cit.*, p. 257.

²³ GALLETTI, *op. cit.*, p. 175.

²⁴ V. per contro MENTI, *op. cit.*, p. 510.

²⁵ MENTI, *op. cit.*, p. 511 e v. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 258 in senso opposto MEOLI, *op. cit.*, p. 227.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

4.6. La scarsa giurisprudenza di merito ha avuto occasione di occuparsi della norma e ne ha chiarito alcuni profili.

Il Tribunale di Marsala, con sentenza del 24 giugno 2011 ha accolto l'interpretazione, secondo cui i termini d'uso sono da riferirsi tanto alle modalità, quanto al tempo dell'esecuzione dei pagamenti nell'ambito della corrente conduzione dell'azienda. In particolare, *“ciò che rileva è dunque non solo il requisito temporale dei pagamenti eseguiti, i quali potrebbero essere non già contestuali alla controprestazione ricevuta, ma cadenzati nel tempo o inclusi in un piano di rientro concordato a cagione della situazione di difficoltà dell'impresa, bensì l'inusualità degli stessi ...”*²⁶.

Anche il Tribunale di Torino ha aderito a questa impostazione, sottolineando come i pagamenti esenti da revocatoria siano quelli eseguiti *“con modalità correnti tra le parti al momento degli stessi, che si collochino nell'alveo delle normali ed ordinarie attività di un'impresa operante in un determinato settore”*²⁷ e che i termini d'uso siano *“le condizioni contrattuali operanti tra le parti, rinviando sia al singolo contratto tra esse concluso, sia, più in generale, ai termini generali del mercato in relazione allo specifico rapporto contrattuale”*²⁸.

I pagamenti effettuati contestualmente alle forniture non sono revocabili. Infatti, quelli *“eseguiti a tempo debito e con le modalità utilizzate abitualmente dai contraenti”* rientrano pacificamente nell'esenzione di cui all'art. 67 l.fall., in quanto *“l'esenzione implica la contestualità e la normalità dello scambio”*²⁹.

Anche l'eventuale modifica dei termini e delle modalità di pagamento non esclude l'applicabilità dell'esenzione a tutti quei pagamenti che siano comunque stati effettuati nell'ambito della normale attività di impresa e con modalità tipiche del mercato in questione. Infatti, *“il mutamento delle condizioni di pagamento tra le parti non rileva ai fini dell'esclusione dell'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) l.f. se la modalità adottata (nella specie pagamento in contanti della merce acquistata al dettaglio) sia conforme alla prassi del settore commerciale in cui esse operano”*³⁰.

Ancora recentemente, in un'elaborata sentenza, il Tribunale di Torino ha ritenuto che l'esenzione, finalizzata *“a rassicurare i normali interlocutori dell'impresa in tensione finanziaria”* vada riguardata *“esclusivamente sotto il profilo oggettivo, così potendosene (astrattamente) riconoscere l'operatività anche in caso di effettuazione del pagamento da parte di chi era a conoscenza dello stato di insolvenza. A ragionare diversamente non solamente si frustrerebbe lo scopo della norma, ma si finirebbe per*

²⁶ Trib. Marsala, 24 giugno 2011 in *www.ilcaso.it*.

²⁷ Trib. Torino, 4 maggio 2010, in *Giur. it.*, 2011, 123.

²⁸ Trib. Torino, 10 giugno 2009.

²⁹ Trib. Torino, 23 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, 368.

³⁰ Trib. Torino, 4 maggio 2010, cit.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

giungere ad una vera e propria interpretazione abrogatrice della stessa, dal momento che, in caso di inscientia decoctionis, l'atto sarebbe non revocabile già ex se". "Il tenore letterale della norma, poi, non consente dubbi circa l'ulteriore requisito del collegamento funzionale tra l'atto solutorio e l'attività di impresa: ancora, ciò appare armonico con lo scopo della norma, che mira a un trattamento di favore unicamente nei confronti di quei pagamenti strutturalmente connessi con la prosecuzione dell'attività gestionale". "Il dato letterale ed esegetico impone di ritenere che l'espressione termini d'uso vada attribuita al pagamento". "Sembra poi riduttivo che la locuzione termini vada intesa unicamente in senso temporale, e appare preferibile ritenere che essa si riferisca tanto al tempo dell'adempimento quanto alle modalità di esecuzione". "L'interpretazione corretta, alla luce della citata ratio della norma, appare quella di ritenere termini d'uso quelli correnti tra le parti al momento del pagamento, che si collocano nell'alveo delle normali ed ordinarie attività di un'impresa operante in un determinato settore"³¹.

4.7. In conclusione, al fine della ricostruzione della formula "termini d'uso", più che l'individuazione di soluzioni valide una volta per tutte ed in ogni caso, potrebbe essere opportuna una lettura che intenda tale espressione nel senso di una sorta di **clausola generale, di carattere aperto**. In questo modo il giudice potrebbe valutare caso per caso se venga in considerazione il presupposto per l'applicazione della revocatoria **tenendo come fondamentale punto di riferimento le finalità della stessa e il loro raggiungimento nel singolo caso concreto**.

5. L'estensione dell'esenzione

Il terzo comma dell'art. 67 l. fall. dispone espressamente che gli atti indicati non siano soggetti all'azione revocatoria: sul fondamento del dato testuale l'ambito dell'esenzione sembrerebbe estendersi a tutte le ipotesi di azioni revocatorie fallimentari previste dai primi due commi dell'articolo ora richiamato, nonché a quella ordinaria, con esclusione delle fattispecie di cui agli artt. 64 e 65 l. f., relative alla c.d. inefficacia di diritto. In realtà, come è stato giustamente osservato, il dato testuale appare poco significativo, anche tenendo conto della sostanziale omogeneità tra le ipotesi di cui all'art. 67 l. f. e quelle di cui agli artt. 64 e 65 l. f.³². In ogni caso l'esenzione di cui all'art. 67, terzo comma, l. f. non contiene un chiaro *incipit* come quello previsto dall'ultimo comma dell'art. 67 l. f., che si apre con la formula "le disposizioni di questo articolo".

³¹ Trib. Torino, 22 dicembre 2010.

³² NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni*, cit., p. 16; e v. MEOLI, *op. cit.*, p. 209 - 210.

RELAZIONI A CONVEGNI

AZIONE REVOCATORIA - ESENZIONI

In realtà, come è stato sottolineato dalla dottrina³³, l'ambito di applicazione delle varie fattispecie elencate dal terzo comma dell'art. 67 l. f. deve essere individuato caso per caso in funzione del fondamento delle singole fattispecie.

Con riferimento all'esenzione dei pagamenti di beni o servizi in termini d'uso possono venire in considerazione le ipotesi delineate dall'art. 65 l. f. (pagamento di crediti non scaduti e con scadenza successiva alla dichiarazione di fallimento), dell'art. 67, primo comma, lett. a) l. f. (atti a titolo oneroso "sproporzionati"), dell'art. 67, primo comma, lett. b) l. f. (pagamenti con mezzi anomali), dell'art. 67, secondo comma l. f. (pagamenti e atti a titolo oneroso), dell'art. 66 l. f. (azione revocatoria ordinaria).

Tenuto conto del fondamento e dei presupposti dell'esenzione, quest'ultima non può trovare applicazione sia in caso di pagamenti di crediti non scaduti sia in caso di pagamenti con mezzi anomali: infatti nell'una e nell'altra ipotesi si tratterebbe di pagamenti non in termini d'uso.

Sotto il profilo sostanziale l'esenzione non avrebbe ragion d'essere, tenuto conto che, da un lato, il pagamento con mezzi anomali è indice della circostanza che l'esercizio dell'impresa non può essere protratto utilmente nella prospettiva di una sua migliore valorizzazione; mentre il pagamento di crediti non scaduti potrebbe rappresentare un comportamento non corretto ed opportunistico del fornitore, diretto ad "approfittare" dello stato di crisi.

Per quanto concerne i contratti "sproporzionati" l'esenzione non può venire in considerazione, dal momento che concerne solo i pagamenti e non gli atti presupposti. D'altra parte in ogni caso si tratterebbe di atti estranei al normale esercizio di impresa che dimostrerebbero o una continuazione in modo anomalo dell'attività di impresa o, più probabilmente, un comportamento del fornitore diretto ad approfittare della situazione di crisi.

Per contro l'esenzione in esame sembrerebbe valere anche con riferimento alla revocatoria ordinaria, data la sua finalità³⁴.

³³ NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 16; GALLETTI, *op. cit.*, p. 172.

³⁴ In questo senso v. NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 19, nt. 26, ove ulteriori indicazioni, che estende l'esenzione anche all'azione revocatoria ordinaria esercitata da singoli creditori al di fuori del fallimento; MEOLI, *op. cit.*, p. 209.

RELAZIONI A CONVEGNI

LE NUOVE ISTRUZIONI DI VIGILANZA SULLA “ATTIVITÀ DI RISCHIO” DELLE BANCHE E LE “OBBLIGAZIONI DEGLI ESPONENTI BANCARI” (ART. 136 T.U.B.)*

La relazione prende in esame i profili d'interesse emergenti dal nuovo art. 136 T.U.B. In particolare l'Autore individua le aree di sovrapposizione, o di scarto, fra tale disciplina e quella di vigilanza, al fine di poter ricostruire il quadro complessivo degli obblighi che, all'uno o all'altro fine, le banche dovranno rispettare per poter legittimamente procedere al compimento di operazioni con i propri esponenti

1. Premessa

La disciplina dei rapporti contrattuali fra la banca e i suoi “esponenti” (il termine non parrebbe rigoroso se non fosse legittimato dalla stessa normativa vigente; ma comunque è comodo perché sintetico) ha radici antiche ed un percorso tormentato. Il suo antecedente più remoto è stato rinvenuto in una legge del 1888 sulle casse di risparmio, sino a confluire — circa un secolo dopo e dopo essere passata per la legge bancaria del '36 e la l. 481/1992 — nel Testo Unico Bancario (T.u.b.), all'art. 136.

Ma neppure dopo il 1993, e pur senza trovare grande applicazione giurisprudenziale (peraltro legata soprattutto agli anni settanta – ottanta del secolo scorso, e a nomi come quelli di Sindona e del Banco Ambrosiano), l'art. 136 ha trovato riposo. Soltanto negli ultimi sette anni, dalla riforma del diritto societario e passando per la cd. legge risparmio, ha subito otto interventi, se non ho contato male, per effetto di quattro diversi provvedimenti.

La materia torna oggi ad essere considerata, nella prospettiva di una sua imminente regolamentazione *ex art. 53*, commi 4 e 4-ter T.u.b., dal progetto di nuove disposizioni della Banca d'Italia in materia di “attività di rischio e conflitti di interesse delle banche e dei gruppi bancari nei confronti dei soggetti collegati” — (Secondo)

* Intervento al convegno organizzato da Paradigma – “Attività di rischio e conflitti di interesse delle banche e dei gruppi bancari nei confronti dei soggetti collegati – La nuova disciplina della Banca d'Italia” – Milano 27 e 28 ottobre 2011.

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

Documento di consultazione – Giugno 2011 (d’ora in avanti, anche se impropriamente: la “nuova disciplina di vigilanza”). Ma l’art. 136 del T.u.b — la sua fattispecie, la sua disciplina — resta stavolta immutato.

Questo si spiega agevolmente considerando la radicale differenza di prospettiva, oltre che di rango, che intercorre fra l’art. 136 e la “nuova disciplina”: il primo è infatti una disposizione di legge, e penale, come tale certamente sottratta a poteri di intervento, anche di natura soltanto interpretativa, dell’Autorità di Vigilanza (benché questa, pur dichiarandosi consapevole di tale limite, provi ugualmente a fornire, nelle Istruzioni di Vigilanza, dei chiarimenti di natura sostanzialmente interpretativa).

La “nuova disciplina” in discorso, invece, pur occupandosi (anche) della stessa materia di cui si occupa l’art. 136, lo fa, sia pure a tutela di interessi sostanzialmente analoghi, in tutt’altra prospettiva e per effetti diversi: e cioè nella prospettiva della vigilanza regolamentare affidata alla Banca d’Italia per garantire il contenimento delle attività di rischio derivante dal compimento di operazioni in potenziale conflitto di interessi. Col presidio allora dei poteri sanzionatori propri dell’autorità di vigilanza, e non certo di quella giurisdizionale, tanto meno penale.

Questo spiega perché i profili d’interesse emergenti dalla “nuova disciplina” non riguardano tanto l’inquadramento — che come si diceva resta immutato — dell’art. 136 T.u.b. in sé, quale norma penale; bensì — ed è questo il senso del discorso che si andrà ora a svolgere — l’individuazione delle aree di sovrapposizione, o di scarto, fra tale disciplina e quella di vigilanza, al fine di poter ricostruire il quadro complessivo degli obblighi che, all’uno o all’altro fine, le banche dovranno rispettare per poter legittimamente procedere al compimento di operazioni con i propri esponenti.

Per non tacere poi del fatto che, per espressa previsione dello stesso art. 136 T.u.b., analogo discorso ed analoghe sovrapposizioni potrebbero ripetersi con riferimento al rapporto della norma penale: da un lato con la disciplina civilistica degli “interessi degli amministratori” (2391 c.c.); e d’altro lato con quella delle cd. operazioni con parti correlate (2391 – *bis*, c.c.) applicabile però alle sole società con azioni quotate o diffuse in misura rilevante, e sulla base di un regolamento (delibera Consob n. 17221 del 2010, in particolare all’art. 13, comma 5) che con particolare riferimento all’art. 136 T.u.b. dispone una disciplina delle procedure deliberative quasi *in toto* (salvo che sulla necessità di un comitato di indipendenti) allineata a quella delle nuove istruzioni di Vigilanza della Banca d’Italia.

2. L’art. 136 TUB

L’esigenza di concentrarsi dunque sulle “questioni nuove”, ma di poterlo fare con pronti riferimenti alla disciplina dell’art. 136, consiglia di richiamarne ora i soli profili essenziali, tralasciando invece le non poche aree di incertezza che ne complicano l’interpretazione, oltre alle considerazioni critiche che le si potrebbero pur muovere sul piano dell’efficienza e dell’effettività.

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

La norma, prefigurando un reato proprio, sanzionato con la reclusione da uno a tre anni o con una multa da 206 a 2066 euro, è — come detto — norma penale e in principio, quindi, di stretta interpretazione. Essa, al fine contenere l'evidente rischio di inefficiente allocazione delle risorse della banca in operazioni in potenziale conflitto di interessi, si struttura come “divieto - deroga”: vieta cioè il compimento di talune operazioni, salvo che non si rispetti una particolare procedura abilitante.

Il che, storicamente, voleva rappresentare — in ragione della normalità delle operazioni di finanziamento poste in essere dalle banche — un'eccezione, un alleggerimento, rispetto al divieto assoluto per gli amministratori di ottenere prestiti dalla società da loro amministrata: divieto assoluto già rintracciabile nell'art. 2624 c.c., ora però abrogato. Una simile condotta potendo allora rilevare, ancora oggi, nelle società non bancarie, soltanto in via indiretta e secondo una qualificazione più ampia, quale reato di infedeltà patrimoniale (art. 2634).

Al di là della parte che dispone la sanzione penale, comunque, la norma si compone di tre parti.

2.1 - La prima (art. 136, comma 1, T.u.b.) — e più qualificante — condiziona la liceità penale delle cd. operazioni poste in essere *da una banca* con i suoi esponenti aziendali, al rispetto di una procedura deliberativa rafforzata rispetto a quella civilistica (della quale comunque si richiede il rispetto) in materia di interessi degli amministratori e di operazioni con parti correlate. Tale procedura esige infatti una “*previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità*” (che non vuol dire col voto favorevole di tutti gli amministratori, ma soltanto di tutti gli amministratori presenti); nonché il (sempre previo) “*parere favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo*” (e quindi di ciascuno, al limite anche in separata sede).

Quanto all'esatta perimetrazione dell'oggetto di tale procedura, le cd. “*operazioni con esponenti bancari*”, è necessario ricordare almeno che:

a) gli “*esponenti bancari*” (o “aziendali”, come li chiama l'art. 26 T.u.b.) sono tutti coloro “*che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca*”. Vi rientrano senz'altro, quindi, gli amministratori, i sindaci e il direttore generale; nonché, se sia aperta una procedura di crisi, i commissari straordinari, i commissari giudiziali e i componenti del comitato di sorveglianza.

La stretta interpretazione cui va soggetta la norma porta invece ad escludere che possano venire in considerazione anche l'amministratore di fatto (pur rilevante in altre fattispecie penalistiche: art. 2639), il sindaco supplente (che non “svolge funzioni”; ma v. diversamente le Istruzioni della Banca d'Italia, sia pure, dichiaratamente, in un'ottica di “cautela”) e tutti gli altri dirigenti, sia pure di alto livello, che “non siano a capo dell'esecutivo” (v. ancora le Istruzioni) come appunto il direttore generale; escluso essendo allora anche il vice direttore generale, se attualmente non “svolgente funzioni”.

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

Si ritiene tuttavia che nel novero possa ricomprendersi un dirigente, sia pure diverso dal direttore generale (ad es., un direttore di filiale), quando la competenza a proporre una certa operazione sia collocabile al livello nel quale egli opera, rendendosi allora necessario, anche in tal caso, il rispetto della procedura abilitante. Compresi dovranno altresì ritenersi l'amministratore o il sindaco che svolgano le loro funzioni, pur quando siano stati nominati grazie ad una deliberazione nulla o annullabile.

b) Rileva “*il contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita*” con la banca di cui si è esponente. La formula ha, com'è stato detto, “estrema latitudine”, comprendendo allora, tendenzialmente, rapporti contrattuali di qualsiasi natura: non solo quindi compravendite ma anche rapporti dai quali derivi comunque un'obbligazione dell'esponente, abbia o non natura finanziaria, ivi compresi gli incarichi professionali.

Il riferimento alla “assunzione di obbligazioni” porta peraltro la Banca d'Italia ad escludere dal campo di applicazione della norma rapporti dai quali non derivi un'erogazione di credito, quali “*le operazioni di raccolta consistenti nella sottoscrizione di obbligazioni, certificati di deposito, buoni fruttiferi, operazioni pronti contro termine, apertura di depositi anche in forma di conto corrente*”, almeno quando siano concluse a condizioni standardizzate in uso per la clientela o i dipendenti. Condizioni, queste ultime, che — sempre secondo le Istruzioni di vigilanza — potrebbero giustificare, al limite, anche l'esclusione dalla fattispecie di vere e proprie erogazioni di credito.

È sempre prudente non dimenticare, però, che queste (o altre) “esenzioni” patrocinate dalla Banca d'Italia non hanno, almeno formalmente, alcuna capacità di incidere sulla portata della norma penale, la cui interpretazione — ancorata innanzitutto alla lettera della norma, che per vero non opera particolari distinzioni — spetta alla sola autorità giudiziaria. Benché, certo, neppure possa trascurarsi che, in sede di applicazione giurisprudenziale, l'essersi attenuti a quanto segnalato dall'Autorità di Vigilanza ben potrebbe rilevare, in senso esimente, sul piano della considerazione dell'elemento soggettivo del reato.

c) Rilevano, infine, *anche* le obbligazioni contratte “indirettamente”. Anche quelle, cioè, formalmente contratte da soggetto diverso dall'esponente bancario (ad esempio uno stretto familiare o un fiduciario), ma sostanzialmente riconducibili, in considerazione dell'interposizione (reale o fittizia) operata, all'esponente.

Nell'ambito delle obbligazioni contratte “indirettamente” la dottrina e le stesse Istruzioni della Banca d'Italia prendevano poi in considerazione (talvolta anche escludendole) una serie di ulteriori ipotesi che però, dal 2006, costituiscono oggetto di apposita, ulteriore previsione normativa (art. 136, comma 2 – *bis*, T.u.b., su cui *infra*).

2.2 - La seconda parte della norma (art. 136, comma 2, T.u.b.) si occupa delle operazioni poste in essere nell'ambito di un gruppo bancario.

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

Più precisamente, chi svolge funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso *una società (bancaria o non) appartenente ad un gruppo bancario* non potrà compiere le medesime operazioni prese in considerazione dal primo comma con la medesima società, ovvero operazioni di “finanziamento” (fattispecie la cui distinzione da quella generale, tuttavia, non risulta sempre del tutto chiara) con altra società del gruppo, se non previo rispetto, da parte della società controparte, della procedura abilitante prevista dal primo comma, *oltre* — ed è questa la maggiore specificità della norma — al previo “assenso” della capogruppo. Assenso la cui espressione è di competenza — così si ritiene in mancanza di più precise indicazioni normative — dell’organo amministrativo della capogruppo, nelle forme e con le cautele che riterrà più opportune, e quindi anche attraverso un amministratore delegato.

2.3 - *La terza parte della norma (art. 136, comma 2 - bis, T.u.b.), introdotta soltanto nel 2006 per effetto della cd. legge sul risparmio, costituisce per la verità, come si è detto, uno stravolgimento della tradizionale struttura dell’art. 136.*

Nel novero delle operazioni sottoposte al “divieto-deroga”, rientrano infatti, secondo il comma 2 - *bis*, anche quelle, oggettivamente riconducibili a quelle previste dai primi due commi, che siano però intercorse fra (a) la società (bancaria o comunque appartenente ad un gruppo bancario) nella quale opera l’esponente aziendale e (b) qualunque altra società (b1) controllata da quell’esponente, o (b2) della quale egli sia a sua volta esponente, nonché (b3) ogni altra società che controlli una di tali società (cioè b1 e b2) ovvero (b4) che sia da esse controllata. (ad esempio: il finanziamento concesso dalla banca Alfa, di cui è direttore generale Tizio, alla società Beta, nella quale Tizio non ricopre alcuna carica, ma che controlla la società Gamma, nella quale Tizio è amministratore).

Restano escluse dal divieto, tuttavia, le operazioni che, sia pur riconducibili a tali ipotesi, siano intercorse fra società che appartengono allo stesso gruppo bancario, ovvero che operano sul mercato interbancario.

Al di là di tale esenzione, comunque, l’eccentricità della norma rispetto al tradizionale impianto della disciplina consisterebbe in ciò: che attraverso l’art. 2-*bis* vengono prese in considerazione non più soltanto le operazioni poste in essere dalla società in cui opera (o appartenente ad un gruppo comprendente la società in cui opera) un certo esponente aziendale, con l’esponente stesso (che è la caratteristica “storica” della norma, rubricata del resto, tuttora, “*obbligazioni degli esponenti bancari*”); ma anche operazioni intercorse con altre società con le quali, più o meno lontanamente, l’esponente abbia qualche relazione.

E ciò, deve ritenersi, perché anche in tali ipotesi potrebbero profilarsi rischi di “inquinamento” dell’autonomia decisionale della società che pone in essere l’operazione, in ragione dell’interesse che il suo esponente potrebbe avervi anche per conto della controparte contrattuale.

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

Il che, tuttavia, se pare abbastanza agevolmente prospettabile — sino al punto anzi di rasantare l'ipotesi dell'obbligazione indiretta prevista dal primo comma dell'art. 136 — in alcune ipotesi, come quella in cui la società controparte sia controllata, magari in virtù di una partecipazione totalitaria, dall'esponente stesso; diventa invece difficilmente figurabile in casi nei quali tanto l'interesse quanto il potere di condizionamento dell'esponente parrebbero di difficile identificazione, per non dire evanescenti. Come nel caso in cui l'esponente, si supponga un sindaco della banca che compie l'operazione, sia “soltanto” *sindaco* (magari anche supplente, secondo quanto si ritiene nelle Istruzioni di Vigilanza) di una società *controllata* dalla società controparte dell'operazione. Un “tenue nesso”, come s'è pur detto, veramente molto tenue.

Da notarsi peraltro, e in ultimo, che in ragione di quanto si osservava poc'anzi sulla peculiarità strutturale di quest'ultima fattispecie (: l'operazione non intercorre con l'esponente, ma fra società) non parrebbe così evidente, almeno a me che non sono penalista, chi sia il destinatario della norma penale.

Questa infatti, almeno nelle fattispecie prese in considerazione dai commi 1 e 2 dell'art. 136 T.u.b., è *diretta all'esponente aziendale (che è controparte del contratto) e solo a lui*, pur presupponendo necessariamente la cooperazione altrui (si parla così di reato “naturalisticamente plurisoggettivo” ma di “incriminazione normativamente monosoggettiva”). Non colpisce pertanto — come ritiene, oltre alla dottrina penalistica, anche la costante giurisprudenza penale di legittimità — i componenti degli organi sociali che abbiano compiuto l'operazione senza il rispetto della procedura deliberativa (e neppure poi, tendenzialmente, a titolo di concorso: cfr. Cass. pen. 724/2009, qualificando il reato come di mero “pericolo”).

Ma, nelle ipotesi previste dal comma 2-*bis*, non parrebbe chiaro a quale titolo e a quali condizioni potrebbe venire incriminato l'esponente aziendale (che al limite neppure è in condizione di sapere o comunque di poter impedire il compimento dell'operazione: come nel caso di un amministratore non esecutivo, o di un sindaco, o di un direttore generale per un'operazione compiuta da un amministratore); ovvero altri (gli amministratori che hanno preso la decisione, o che l'abbiano eseguita?).

3. L'art. 136 e le nuove disposizioni di vigilanza

Obiettivo della nuova disciplina di vigilanza — come già accennato e come meglio dichiarato dalla stessa Banca d'Italia nel Documento di consultazione del giugno 2011 — è quello “*di presidiare il rischio che la vicinanza di taluni soggetti ai centri decisionali della banca possa compromettere l'oggettività e l'imparzialità delle decisioni relative alla concessione di finanziamenti ed altre transazioni nei confronti dei medesimi soggetti con possibili distorsioni al processo di efficiente allocazione delle risorse, esposizione della banca a rischi non adeguatamente misurati o presidiati, potenziali danni per depositanti e azionisti*”.

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

A questo fine, e seguendo l'indirizzo dato dal CICR, il Regolamento, a grandi linee, viene così a strutturarsi:

a) perimetrazione soggettiva delle possibili controparti delle attività di rischio delle banche o dei gruppi bancari ("parti correlate" e "soggetti connessi": tutti ricompresi nella categoria dei "soggetti collegati");

b) determinazione delle attività di rischio e fissazione delle condizioni e dei limiti per il compimento delle medesime, prescrivendosi in particolare, a fini prudenziali:

b1) limiti quantitativi alle attività di rischio (limite che per quanto riguarda, in particolare, le attività di rischio *verso un esponente aziendale* è stato elevato, nel secondo documento di consultazione, dal 2% *al* 5% del patrimonio di vigilanza consolidato o individuale se la banca non appartenga ad un gruppo);

b2) l'adozione di particolari procedure deliberative (con un inciso coinvolgimento degli amministratori indipendenti);

b3) sistemi di controllo (adozione di politiche interne volte a predeterminare le attività rischiose che potranno assumersi, e a dotarsi di adeguati assetti organizzativi e controlli interni per censire e monitorare le operazioni in corso);

b4) il censimento dei possibili soggetti collegati, anche attraverso la collaborazione delle parti correlate per quanto concerne l'individuazione dei soggetti connessi, e la segnalazione periodica delle attività di rischio in essere alla Banca d'Italia, con poteri di quest'ultima di adottare anche misure specifiche e diverse da quella adottate in via generale dal Regolamento.

Ciò chiarito, ed osservato anche come la finalità complessiva della nuova disciplina di vigilanza non differisca, al fondo, da quella presidiata dalla norma penale posta dall'art. 136 T.u.b., deve però ribadirsi la distinzione fra le due discipline. Innanzitutto, come detto, per rango e rilevanza: legale e comportante sanzioni penali, la prima; regolamentare e comportante sanzioni amministrative la seconda.

Soprattutto però, nella prospettiva qui prescelta di valutare la condotta complessivamente dovuta (secondo l'una o l'altra disciplina) allorché si contraggano "obbligazioni con esponenti bancari", occorre chiedersi se il campo di applicazione (la materia cioè regolata dalle due discipline) sia lo stesso; valutare insomma se le fattispecie delle due discipline, e poi gli obblighi di condotta da esse imposti, coincidano, oppure non.

E chiedersi, ancora, se il compimento di un'operazione rientrante nel campo d'applicazione dell'art. 136 T.u.b., che certo rileva anche ai fini della normativa di vigilanza, comporti per ciò solo, anche ai fini di quest'ultima, una deroga alle regole da essa previste, in via generale, per tutte le altre "attività di rischio e in conflitto di interessi".

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

3.1 – Perimetro soggettivo

Va verificata innanzitutto la possibilità, o meno, di ricondurre i soggetti considerati come controparti rilevanti dall'art. 136 T.u.b. al perimetro soggettivo considerato dalla nuova disciplina di vigilanza.

Sicuramente non v'è coincidenza integrale, posto che nel novero dei “soggetti collegati” previsti dalla nuova disciplina rientrano figure diverse ed ulteriori rispetto a quelle degli esponenti bancari considerati dall'art. 136: ad esempio, “il partecipante” alla società, o chi sia in grado di condizionare la nomina dei suoi esponenti; ovvero – come è stato specificato nel secondo documento di consultazione – pur laddove le disposizioni del regolamento si indirizzino agli “esponenti aziendali”, le banche saranno comunque tenute a presidiare anche le operazioni in cui intervenga “un novero più ampio di dipendenti e collaboratori aziendali” a diversi livelli gerarchico-funzionali (cd. “personale più rilevante”), quali portatori di analoghi potenziali rischi di conflitti di interesse (es. azionisti di società direttamente o tramite familiari).

Ma, a parte ciò, quel che rileva è che la nozione di “esponente bancario” prevista dall'art. 136 coincide con quella di “esponente aziendale” prevista (sia pure come *uno soltanto* dei “soggetti collegati”, ed in particolare “parte correlata”) nella nuova disciplina, alla luce della definizione da questa stessa fornita. Il perimetro soggettivo di questa, quindi, comprende, siccome più ampio, la nozione di esponente bancario *ex art.* 136.

Anche con riferimento alle eventuali obbligazioni “*indirettamente*” contratte dagli esponenti bancari *ex art.* 136 T.u.b., parrebbe poi possibile un loro inquadramento all'interno del perimetro della nuova disciplina di vigilanza: almeno se si ritenga, come credo si debba e forse meglio dirà la disciplina definitiva, che anche questa attribuisce rilevanza al carattere “indiretto” delle operazioni, finendo così per imputare all'esponente aziendale anche le obbligazioni assunte per interposta persona. Oppure, per giungere alla medesima conclusione interpretativa, potrebbe forse attingersi al novero dei cd. “soggetti connessi”.

Coincidenza si riscontra anche, e in ultimo, per quanto riguarda le operazioni compiute, anziché da banche “monadi” con i propri esponenti bancari, da società appartenenti ad un gruppo bancario con gli esponenti di una società del medesimo gruppo (l'ipotesi cioè dell'art. 136, comma 2, T.u.b), essendo il perimetro dei soggetti collegati tracciato dalle nuove Istruzioni di Vigilanza (sez. I, § 3) con riferimento all'intero gruppo bancario.

In definitiva, può concludersi che dal punto di vista soggettivo (della controparte contrattuale cioè), le operazioni contemplate dall'art. 136, commi 1 e 2, T.u.b., ricadono nel (più ampio) campo d'applicazione della nuova disciplina di vigilanza.

Discorso più complesso e — parrebbe anche, almeno in parte — di esito diverso, deve farsi invece con riferimento alla fattispecie prevista dall'art. 136, comma 2-bis,

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

T.u.b. (in effetti, come detto, eccentrica sin dalla “nascita”, già nell’ambito dello stesso art. 136).

Se infatti *le società controllate da un esponente aziendale* (quelle sopra ricordate, al § 2.3., come *b1*) rientrano senz’altro, oltre che nel perimetro soggettivo dell’art. 136, comma 2 *bis*, anche in quello dei “soggetti collegati” (e in particolare di quelli “connessi”) previsti dalla nuova disciplina di vigilanza (che peraltro, opportunamente, contempla non solo le “società”, ma anche le “imprese costituite in forma non societaria”); in quest’ultima non si rinvencono invece previsioni che consentano di ricondurvi anche le altre tre figure di possibili controparti rilevanti ex art. 136, comma 2 *bis*, T.u.b.

E cioè quelle società (ovviamente non legate da vincoli di gruppo, e sopra ricordate, al § 2.3., come *b2*, *b3* e *b4*): (*b2*) presso le quali gli esponenti aziendali della banca o del gruppo bancario svolgano, anche, funzioni di amministrazione, direzione o controllo; (*b3*) che controllino queste ultime o le società controllate dall’esponente bancario; (*b4*) o che ne siano controllate.

Tornerò in ultimo (§ 3.3.4) sui riflessi di tali (o consimili) “scarti” di fattispecie rispetto all’identificazione della disciplina applicabile, e quindi degli obblighi che in concreto dovranno essere osservati al ricorrere tali fattispecie, con particolare riferimento poi alle procedure deliberative da seguirsi.

3.2 – Operazioni rilevanti e limiti quantitativi

Quanto all’ambito oggettivo delle operazioni rilevanti ai fini dell’una o dell’altra disciplina, v’è innanzitutto da notare che le operazioni rilevanti ai fini dell’applicazione dell’art. 136 T.u.b. sembrano estendersi in un’area tendenzialmente più ampia delle “attività di rischio” che la nuova disciplina di vigilanza cerca prudenzialmente di contenere, imponendo dei limiti quantitativi massimi.

Mentre infatti le operazioni *ex art. 136 T.u.b.* tendenzialmente comprendono, in virtù di una formula estremamente lata (“*il contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita*”), rapporti contrattuali di qualsiasi genere, abbiano o non natura finanziaria; le “*attività di rischio*” considerate ai fini del rispetto dei limiti quantitativi dalla nuova disciplina di vigilanza sono soltanto (secondo la stessa indicazione contenuta nel documento di consultazione) quelle che generano “*esposizioni nette come definite ai fini della disciplina in materia di concentrazione dei rischi*”¹.

¹ *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, adottate con Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, Tit. V, cap.1; Sez. I, par 3, ove si definisce “*esposizione*”, “*la somma delle attività di rischio per cassa e delle operazioni fuori bilancio nei confronti di un cliente, così come definite dalla disciplina sui rischi di credito e di controparte*” [e cioè, a sua volta, dal Titolo II, Capitoli 1 e 2, relativi al rischio di credito, ove fra l’altro si fornisce la definizione di

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

Di un tale scarto emerge in effetti piena consapevolezza nella stessa Relazione illustrativa al (primo) Documento di consultazione, ove, a proposito di un'ulteriore profilo regolato (dalla Sezione III, in materia di procedure deliberative da adottarsi nelle operazioni in potenziale conflitto di interessi, e quindi in un campo ritenuto tendenzialmente sovrapposto a quello dell'art. 136 T.u.b.; e v. infatti *infra, sub § 3.3*), si chiarisce che le disposizioni ad esso relative si “applicano ad un novero di operazioni più ampio [sc.: rispetto a quello previsto in via generale per l'intera disciplina]: la nozione di “operazione” — attinta dagli IAS, con alcuni adattamenti come l'esclusione dei compensi — include transazioni che non generano attività di rischio e che quindi non sono soggette ai limiti quantitativi (ad es. forniture di servizi, consulenze, operazioni sul capitale)”.

Se così è, dovrà allora tenersi presente, a fini operativi:

a) che mentre potranno esservi operazioni rilevanti ex art. 136 T.u.b. che dovranno essere calcolate ai fini del rispetto dei limiti prudenziali posti dalla nuova disciplina di vigilanza; ve ne saranno altre — altrettanto rilevanti ex art. 136 T.u.b. ma che non integrano “attività di rischio” — delle quali potrà invece non tenersi conto;

b) in ogni caso poi — è forse banale evidenziarlo, ma merita comunque farlo in considerazione della rilevanza penale dell'art. 136 — quand'anche si eccedesse, per le operazioni con esponenti bancari che integrano attività di rischio, il limite massimo consentito dalla normativa di vigilanza (al massimo il 5% del patrimonio di vigilanza per ogni esponente bancario), la violazione non avrebbe rilevanza alcuna nella prospettiva dell'art. 136. Le cui sanzioni penali, infatti, restano ancorate, in via esclusiva, al rispetto delle procedure abilitative previste dalla medesima norma, e non certo all'osservanza degli ulteriori obblighi imposti dalla normativa di vigilanza.

3.3 - Procedure deliberative

3.3.1 — La parte della nuova disciplina di vigilanza che più da presso riguarda la “materia” regolata dall'art. 136 T.u.b. è certamente quella, contenuta nella Sezione III, che intende disciplinare “*le procedure dirette a preservare l'integrità dei processi decisionali nelle operazioni con soggetti collegati*”.

Dell'omogeneità delle *finalità* perseguite dalle due normative, e soprattutto dell'ampia area di sovrapposizione delle relative *fattispecie* (con riferimento sia al perimetro soggettivo che all'ambito oggettivo delle operazioni rilevanti), s'è infatti già detto.

Quanto poi agli oneri di condotta che ne vengono fatti discendere, è già a tutta prima evidente che, prescrivendo in questa prospettiva l'art. 136 T.u.b. particolari modalità deliberative, anche la disciplina recata delle nuove disposizioni di vigilanza,

“esposizioni”, come “attività per cassa (ad esempio, finanziamenti, azioni, obbligazioni, prestiti subordinati) e fuori bilancio (ad esempio, garanzie rilasciate)”].

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

appunto in materia di procedure deliberative, non potrà che essere complanare a quella dell'art. 136.

E in effetti, pur senza riassumere ora tutti i “passaggi” che, secondo la nuova normativa di vigilanza, dovranno caratterizzare le procedure deliberative in materia di operazioni con soggetti collegati, basterà notare come sia questa stessa normativa a prendere atto della tendenziale sovrapposizione del suo campo d'applicazione con quello dell'art. 136. Facendone discendere allora una scelta regolatoria di questo tipo.

Per taluni aspetti, si prende atto che la procedura deliberativa prevista dall'art. 136 risulta ancora più stringente di quella prevista in via generale dalla nuova disciplina di vigilanza, imponendo come detto il voto unanime degli amministratori e il parere favorevole di ciascun componente dell'organo di controllo, oltre all'assenso della capogruppo per le operazioni compiute nell'ambito di un gruppo bancario.

Per altri aspetti tuttavia si constata come la nuova disciplina di vigilanza non si limita a disciplinare soltanto, come fa invece l'art. 136 T.u.b., il profilo per così dire “quantitativo” del consenso, ma impone *ulteriori condizioni procedurali* che, in un'ottica prudentiale, ne dovrebbero forse migliorare il profilo “qualitativo”, e cioè la sua consapevolezza e ponderazione.

A questo riguardo, infatti, la stessa Banca d'Italia si è pronunciata espressamente per due volte. Una prima volta nella Relazione illustrativa al (primo) Documento di consultazione, spiegando “*che per le obbligazioni degli esponenti bancari la normativa, di rilievo penale, posta dall'art. 136 T.u.b., già prevede presidi specifici a garanzia dell'integrità di tali operazioni (...). Tenuto conto anche dell'onerosità di tale procedura, la disciplina in commento si limita ad aggiungere solo alcuni presidi strettamente funzionali ad assicurare che il voto (in particolare degli amministratori indipendenti) possa essere espresso sulla base di un'adeguata conoscenza dell'operazione stessa*”.

Una seconda volta, poi, anche all'esito della prima consultazione: pur sollecitata ad esonerare dall'applicazione della nuova normativa le operazioni previste dall'art. 136 Tub, reputandosi quest'ultimo già sufficientemente restrittivo e non bisognoso di ulteriori appesantimenti, la Banca d'Italia ha ribadito, piuttosto, di reputare opportuno imporre, se non l'applicazione dell'intera nuova disciplina in materia di procedura deliberative, quantomeno di quella parte di essa che assicuri un'adeguata informazione e consapevolezza degli amministratori indipendenti.

Ne è derivata una scelta regolatoria per cui — benché sempre e *soltanto ai fini della disciplina di vigilanza e non certo di quella penale* — si sono prescritte, in aggiunta al rispetto delle condizioni poste dall'art. 136, T.u.b., anche l'osservanza di ulteriori condizioni.

3.3.2 — Ecco allora che, in concreto, per le operazioni che comportano “obbligazioni degli esponenti bancari”, nella prospettiva della normativa di vigilanza:

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

a) dovranno essere integralmente rispettate le procedure previste dall'art. 136, T.U.B.;

b) dovranno però, anche, essere osservate tutte le condizioni poste dalla nuova disciplina di vigilanza (eventualmente, se si tratti di società quotata, anche ai sensi della disciplina Consob, peraltro allineata a quella qui osservata: v. supra, § 1) con riferimento alla cd. "fase pre-deliberativa": assicurando allora una previa adeguata informativa degli amministratori indipendenti; la partecipazione di questi, per le operazioni di "maggiore rilevanza", alla fase istruttoria e delle trattative, con facoltà di avvalersi anche di esperti esterni; la segnalazione, da parte loro, ai soggetti competenti a deliberare, dei profili lacunosi o di inadeguatezza riscontrati);

c) quanto poi alla fase deliberativa, saranno inoltre applicabili (soltanto) alcune delle norme particolari previste dalla disciplina di vigilanza, in aggiunta quindi a quanto previsto dall'art. 136 T.u.b. (anche se per la verità in parziale coincidenza con quanto già previsto dall'art. 2391 c.c., richiamato peraltro dallo stesso art. 136, in materia di interessi degli amministratori).

Sarà allora necessario che la delibera fornisca "adeguata motivazione in merito all'opportunità e alla convenienza economica dell'operazione per la banca" ovvero — mediante apposita documentazione — in merito "alle ragioni di eventuali scostamenti" dalle condizioni e dai profili caratteristici dell'operazione compiuta rispetto a quelli standard o di mercato;

d) quanto infine alla fase post-deliberativa (che però la nuova disciplina chiama "deliberativa"), si richiede che l'organo deliberante fornisca agli organi "di supervisione strategica e di controllo" una periodica informativa sulle operazioni concluse e sulle loro principali caratteristiche.

Prescrizione, questa, che tuttavia parrebbe in certa misura ridondante.

A norma dell'art. 136 T.u.b., infatti, *tutti* i componenti dell'organo di controllo (e quindi, a seconda del sistema di amministrazione e controllo adottato: i sindaci, o i consiglieri di sorveglianza, o i componenti del comitato per il controllo della gestione) si saranno già pronunziati sulla proposta di eventuali operazioni con esponenti aziendali; e peraltro con parere non solo vincolante, ma anche (dal momento che qui si assumono operazioni poi effettivamente concluse) favorevole.

Discorso analogo vale per l'organo di supervisione strategica (o, ancora, i componenti del consiglio di sorveglianza, nel modello dualistico; ovvero il c.d.a. o il comitato per il controllo della gestione, nel modello tradizionale o monistico, essendo le deliberazioni in questione prese con il voto unanime dell'organo amministrativo).

Può allora ritenersi che le operazioni in discorso siano già note, anche nelle loro caratteristiche, prima del loro compimento, senza che un'informativa *a posteriori* possa aggiungere granché.

Diversamente sarebbe invece a dirsi se la norma in questione prescrivesse — ma una tale prescrizione, però, non risulta; anche perché, a ben vedere, essa risulta

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

autonomamente prevista in altro contesto (nella Sezione IV, dedicata ai controlli) — che l’informativa periodica avesse ad oggetto non tanto l’indicazione delle “operazioni concluse” ma, soprattutto, il loro “andamento”.

3.3.3 — Quanto rilevato nel paragrafo che precede ritaglia quindi le aree di coincidenza e di differenza fra: *i*) le procedure deliberative previste *in via generale* dalla nuova disciplina di vigilanza emanata *ex art. 53*, commi 4 e 4-*ter*, T.u.b., per il compimento di “attività di rischio e in conflitto di interesse” da parte delle banche; *ii*) e le procedure da osservarsi *in particolare* — anche se sempre ai fini e per gli effetti delle normativa di vigilanza — quando si tratti di compiere operazioni che, pur rientrando fra le medesime attività, integrino “operazioni con esponenti bancari”.

A tutto ciò possono poi aggiungersi un paio di altre osservazioni, forse marginali.

e) Non sembra possibile, in concreto, avvalersi, per il compimento di operazioni con esponenti bancari, dell’opportunità, prevista in generale dalla disciplina di vigilanza, di sottoporre il compimento di determinate categorie di operazioni a “delibere - quadro”, sia pure in qualche modo predefinite nei loro limiti temporali e di contenuto.

Teoricamente, forse, lo si potrebbe fare nella prospettiva e per gli effetti della sola disciplina di vigilanza. Ma in ogni caso questa non potrebbe derogare alla norma penale; ed anzi neppure sembra volerlo, prescrivendo *tout court* l’osservanza delle procedure previste dall’art. 136 T.u.b., quando ricorrano i presupposti da questo previsti. Tale articolo, in effetti, si limita a prevedere la necessità di delibere *ad hoc*, senza neppure concepire la possibilità di “delibere – quadro”.

f) Analogamente, le “esenzioni e deroghe” che, rispetto ai vincoli procedurali previsti in via generale dalla nuova disciplina di vigilanza, questa stessa rende possibili in ragione delle dimensioni, o del carattere “ordinario”, o della “urgenza” di talune operazioni, non potrebbero in nessun caso — ed ovviamente — valere anche a dispensare dagli obblighi di condotta imposti dall’art. 136 T.u.b.

Salvo forse concedere qualche spazio alla possibilità di esenzioni con riferimento alle operazioni “*ordinarie*”, ove si accolga, sul terreno dell’art. 136 T.u.b., la proposta interpretativa accolta nelle Istruzioni di Vigilanza della Banca d’Italia che, come già ricordato, esclude dal campo d’applicazione di tale articolo le operazioni compiute “a condizioni standardizzate in uso per la clientela o i dipendenti”.

3.3.4 — Resta in ultimo da sciogliere un dubbio, sempre che non vorrà farlo l’Autorità di Vigilanza nella versione definitiva della nuova disciplina.

g) Si tratta di un dubbio scaturente dalla non piena coincidenza — già segnalata sopra — fra il perimetro soggettivo delle operazioni contemplate dall’art. 136 T.u.b. e quello delle operazioni previste dalle nuove disposizioni di vigilanza.

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

In particolare, come si è rilevato sopra, parrebbe che alcune (tre su quattro) delle operazioni contemplate dal comma 2-bis dell'art. 136 non rientrino fra quelle regolate dalla nuova disciplina di vigilanza.

Il dubbio che sorge è allora se, per tali operazioni, tutto ciò che in concreto (avuto cioè riguardo a qualunque delle disposizioni applicabili) sarà necessario fare, sarà di rispettare le procedura di cui all'art. 136, ma non le prescrizioni aggiuntive previste dalla normativa di vigilanza per le altre operazioni con esponenti bancari; ovvero se tali prescrizioni si imporranno comunque, anche per le operazioni prevista dal comma 2-bis dell'art. 136 T.u.b.

Allo stato attuale (considerato cioè il testo del secondo Documento di consultazione) parrebbe doversi propendere per la prima soluzione.

Esigenze di razionalità — e quindi di omogeneità del tipo di operazioni considerate dalla nuova disciplina di vigilanza rispetto a tutte quelle previste dall'art. 136, T.u.b., col quale quella stessa disciplina mostra di volersi coordinare — indurrebbero tuttavia ad assecondare la seconda soluzione.

Ma è pure evidente l'ostacolo testuale che quest'ultima incontra: non potendo l'interprete, pur dove si raccomandasse l'omogeneità di una disciplina rispetto ad un'altra, affermarla “a forza” per via di un'interpretazione *contra litteram* che conduca ad attribuire rilevanza a fattispecie oggettivamente non contemplate dall'una e pur previste dall'altra. Sembra quindi che occorrerà attendere il testo della normativa definitiva.

Quel che però potrebbe rilevarsi sin d'ora, è che una soluzione interpretativa che consenta di rendere del tutto omogenei gli obblighi, almeno procedurali, previsti dalle due normative (e quindi anche nei casi previsti dall'art. 136, comma 2 bis, T.u.b.), potrebbe — al cospetto del testo definitivo che verrà — raggiungersi per due vie non troppo “forzate”.

La prima — la più facile ed ovvia — sarebbe quella che si aprirebbe laddove il testo definitivo della nuova normativa contemplasse espressamente anche le controparti delle operazioni previste dall'art. 136, comma 2-bis, Tub, fra i “soggetti collegati” che rilevano, in generale, ai fini dell'applicazione dell'intera disciplina di vigilanza sulle attività di rischio (e quindi anche ai fini del computo dei limiti quantitativi).

Il secondo percorso potrebbe altrimenti essere consentito, pur in mancanza di una previsione generale come quella appena ipotizzata, facendo leva sul dato letterale rappresentato dal rinvio *generico* (ma da intendersi allora come *generale*) alle “operazioni rientranti anche nell'ambito di applicazione dell'art. 136 T.u.b.”.

In questo senso, un tale rinvio potrebbe interpretarsi come norma speciale: che deroghi cioè, a limitati fini applicativi, ai presupposti generali dell'intera disciplina.

In altri termini: benché la disciplina dell'attività di rischio delle banche non contempli, in via generale, alcune delle operazioni poste in essere con le controparti previste dall'art. 136, comma 2 bis, T.u.b.; la medesima disciplina, tuttavia, e sia pure

RELAZIONI A CONVEGNI

BANCHE: ATTIVITÀ DI RISCHIO

con riferimento *alle sole* procedure deliberative da adottare nel caso di operazioni con parti correlate (e non per esempio per ciò che riguarda i limiti quantitativi all'operatività), nel coordinarsi con quanto previsto dall'art. 136 T.u.b., ne assumerebbe *in toto* il campo applicativo: disponendo così che in *tutti* i casi da questo previsti, si applicheranno anche gli ulteriori "presidi" deliberativi previsti dalla normativa di vigilanza.

Secondo tale interpretazione, in definitiva, anche nel caso di operazioni rilevanti *ex art. 136, comma 2 bis, T.u.b.*, la procedura da adottarsi ai fini e per gli effetti della normativa di vigilanza sarà la stessa (come integrata da tale normativa) prevista per tutte le altre operazioni comprese nel campo d'applicazione del medesimo art. 136.

L'OBBLIGO DI INFORMATIVA TRA COLLEGIO SINDACALE E REVISORE LEGALE DEI CONTI ALLA LUCE DEL D.LGS N. 39/2010

Il recente decreto sulla revisione ha modificato profondamente la disciplina della revisione legale dei conti modificando gli articoli del codice civile che regolamentavano la materia ma lasciando intatta la prescrizione di cui all'art. 2409septies c.c. relativa allo scambio di informazioni tra collegio sindacale e revisore. L'Autore, partendo dalla disamina di dottrina e giurisprudenza sul tema, si sofferma sulla rilevanza di tale obbligazione e sulla centralità che le informazioni rappresentano nel rinnovato sistema dei controlli societari.

di EMANUELE MATTEI

1. L'obbligo di informativa e la rinnovata funzione del collegio sindacale: premessa

Il tema dello scambio di informazioni tra collegio sindacale e revisore legale dei conti non aveva suscitato particolari discussioni all'indomani della riforma del diritto societario: il nuovo articolo 2409-septies c.c., infatti, mutuava il suo contenuto dalla disposizione del TUF che, per le società quotate, già prevedeva all'art. 150, comma 2, che "il collegio sindacale e la società di revisione si scambiano i dati e le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti".

Eppure con l'innovazione del riformatore del 2003, che sdoppiava il controllo societario anche per le società di diritto comune prevedendo la nuova figura del "soggetto incaricato del controllo contabile"¹, si è introdotta nel sistema un'esigenza di

¹ Tale nuovo soggetto può non coincidere con il collegio sindacale, figura quest'ultima del tutto ridefinita dalla riforma societaria che l'ha costituito come "organo di supervisione policentrico e composito negli strumenti e nei soggetti coinvolti", con "funzione di sovrintendenza della società" (le definizioni sono di COLANTUONI V., *Art. 2403, I doveri del collegio sindacale*, in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI M., SANTORO V., Torino, 2003, 540).

In definitiva la riforma ha esteso anche al collegio sindacale nominato dalle società non quotate i ruoli, i compiti e le funzioni che il Tuf attribuiva ai collegi sindacali delle società quotate contemplando specifici e maggiori poteri/doveri in funzione della diversità degli interessi tutelati.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

mutuo scambio di informazioni tra i due organi che diviene più penetrante: dato l'elevato numero delle società interessate dalla novella, infatti, appare rilevante che il flusso informativo sia ricondotto a criteri di efficacia ed efficienza onde permettere un corretto adempimento dei rispettivi uffici, i quali, pur inerenti ad ambiti formalmente distinti, sono caratterizzati da aree di competenze contigue e complementari².

Le differenze testuali tra la nuova norma del codice e la disposizione del Tuf non apparivano significative o comunque tali da giustificare particolari approfondimenti, mentre rilevantisime sono immediatamente apparse le modifiche apportate dal legislatore della riforma al profilo principale del collegio sindacale il quale viene, per così dire, geneticamente modificato vedendosi attribuire una funzione di alta vigilanza generale, non più paragonabile a quella che il precedente sistema di norme configurava come attività di controllo dovendosi di conseguenza propendere per una lettura della norma sull'obbligo reciproco di scambio di informazioni maggiormente coerente con tale diversità ontologica.

Ed in effetti in tema di flussi informativi la dicotomia dei controlli introdotta con la riforma anche per le società di diritto comune inseriva nel sistema alcuni elementi asintonici a causa della compresenza di due soggetti diversi divenuti destinatari di dati, notizie e informazioni a flusso univoco (dalla società agli organi di controllo e di revisione) ma ad intensità differenziata (le informazioni che giungono ai due organi possono essere diverse e anche di differente intensità) determinando un obbligo incrociato di scambio di tali informazioni non perfettamente simmetrico a causa delle differenti funzioni e responsabilità degli organi in questione.

D'altro canto il tema dell'informazione ha assunto un ruolo centrale nell'opera riformatrice del legislatore societario il quale ha posto al centro del sistema organizzativo delle società il corretto scambio di informazioni tra gli organi delegati e non delegati, tematica che diviene oggi essenziale al fine di meglio definire l'alveo delle

Oggi è tutt'ora possibile affidare al collegio sindacale anche la funzione di controllo legale dei conti ma limitatamente alle società non tenute alla redazione del bilancio consolidato e alla condizione che tutti i membri del collegio siano revisori legali dei conti iscritti nell'apposito registro.

² Si vedano le considerazioni svolte sul tema infra al paragrafo 2 e in dottrina, VALENSISE P., *Artt. 155-157*, in Tuf a cura di C. Rabitti Bedogni, Giuffrè, Milano, 1998; VALENSISE P., *Il "nuovo" collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, Torino, 2001; PANZANI L., *Il controllo sull'amministrazione nelle società di capitali*, in *Società*, 2002, 1203; FORTUNATO S., *I controlli nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2002, 1317; DI CECCO G., *Art. 2409-septies, Scambio di informazioni*, in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI M., SANTORO V., Torino, 2003, 662 ss..

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

responsabilità degli amministratori³: tale centralità del ruolo delle informazioni deve essere adeguatamente messa in luce anche nei rapporti tra revisore e collegio sindacale i cui rispettivi compiti e funzioni non possono prescindere da una corretta e preordinata assunzione di dati e notizie che vengono a costituire, metaforicamente parlando, un vero e proprio apparato circolatorio, essenziale per la vita di tali organi.

Sotto questo profilo la recente riforma della normativa sulla revisione che, con il d.lgs. 39/2010 ha profondamente inciso la precedente disciplina dei controlli, intervenendo con modifiche al codice civile e al Tuf, non pare aver introdotto elementi di chiarezza in tema di svolgimento dei compiti dei due organi in argomento, nuovamente complicando il compito dell'interprete e riportando interesse anche in ordine all'obbligazione inerente il reciproco scambio di informazioni.

2. Le aree di controllo di competenza del collegio sindacale, i dati informativi di cui è destinatario e gli strumenti per la loro raccolta

In ordine all'oggetto della vigilanza e al perimetro dei controlli di competenza del collegio sindacale dobbiamo riferirci all'art. 2403 c.c., comma 1, c.c. che attribuisce a tale soggetto il dovere di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo e del sistema amministrativo-contabile adottato dalla società.

La semplice lettura della norma denota la definitiva *mutatio* del ruolo che il legislatore ha voluto affidare al collegio sindacale, soggetto attivo non solo nella valutazione complessiva degli assetti aziendali e della struttura amministrativa e contabile, ma posto nella posizione di sindacare l'indirizzo e la rispondenza della attività di gestione alla legge e agli obiettivi dichiarati nel patto sociale⁴.

L'attività di vigilanza generale (soprattutto in ordine all'area inerente il controllo di legittimità e di rispetto del contratto sociale) ha in sé un aspetto di rischiosità insito nel fatto che l'assunzione di informazioni su atti gestori e fatti rilevanti debba accadere

³ Sul tema centrale inerente l'obbligo di informazione a carico degli amministratori delegati nei confronti degli amministratori deleganti e del collegio sindacale, tra gli altri, ROMANO C., *Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*, in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI M., SANTORO V., Torino, 2003, 402; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; 275 ss.; CAGNASSO O., *La disciplina della responsabilità degli amministratori delegati e deleganti alla luce di una recente sentenza della cassazione penale*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 5/2007, a commento della sentenza n. 23838 del 19 luglio 2007.

⁴ Nota infatti COLANTUONI V., *I doveri del collegio sindacale*, op. cit., 543, come "L'attività di vigilanza assume dunque un significato ontologicamente più ampio che comprende e supera quello del controllo, implicando una valutazione complessiva degli atti posti in essere nella prospettiva degli interessi sociali, non limitata alla mera verifica della conformità tra la fattispecie concretamente realizzatasi e quella astratta cristallizzata nella norma".

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

spesso al di fuori della sede deputata per legge all'informativa offerta dagli organi delegati (l'adunanza consiliare o assembleare), in quanto i poteri attribuiti agli amministratori (ed il connesso dovere su di essi incombente di procedere alla gestione della società) consentono il compimento di atti ed il succedere di fatti dei quali il collegio sindacale può venire a conoscenza unicamente attraverso un confronto diretto che di rado avviene con la tempestività adeguata⁵.

Occorre di conseguenza che il collegio valuti, appunto, l'adeguatezza del sistema informativo adottato dalla società il quale deve permettere *ex ante* una pianificazione degli atti/fatti che debbono essere posti all'attenzione del soggetto vigilante per evitare la inutilità del controllo tardivo.

E quindi il controllo di legittimità in tanto risulterà congruo ed efficace in quanto sia adeguato ed efficiente il sistema organizzativo⁶ generale della società, sistema creato e curato dagli amministratori, del quale la struttura del flusso delle informazioni pare certamente il punto di maggior rilievo⁷.

Anche la vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno (anch'esso a cura degli amministratori delegati e sotto il costante controllo del

⁵ L'acquisizione delle informazioni ritenute rilevanti avviene, infatti, solitamente attraverso: la partecipazione alle riunioni degli organi sociali, lo scambio di informazioni con gli amministratori della società, nonché con gli organi di controllo delle società controllate, l'acquisizione periodica di informazioni dagli amministratori delegati in sede consiliare, l'acquisizione di informazioni dal soggetto incaricato della revisione legale, l'espletamento di operazioni di ispezione e di controllo e la lettura dei verbali delle adunanze degli organi sociali. Ma nulla vieta l'assunzione di informazioni da parte del collegio in sede di verifica periodica con colloqui diretti con gli amministratori i quali informano circa le operazioni rilevanti e l'andamento della gestione. Tale modalità di assunzione di informazioni sconta, come detto, l'intempestività rispetto all'atto compiuto o al fatto accaduto facendo divenire irrilevante ogni eventuale iniziativa del collegio nell'ambito della sua funzione di vigilanza.

⁶ Per assetto organizzativo si intende il "complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità" (dalle "Norme di comportamento del collegio sindacale" emanate dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili e pubblicate sul proprio sito con testo definitivo in vigore dal 1 gennaio 2012, pag. 32, Norma 3.4 "Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo").

⁷ Sul tema le citate Norme di comportamento offrono spunti utili: la Norma 3.5 "Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno" individua correttamente tra i compiti del controllo interno quello di monitorare che "l'insieme delle direttive, delle procedure e della prassi operative adottate dall'impresa...allo scopo di raggiungere i seguenti obiettivi:....- obiettivi di reporting, colti a garantire l'attendibilità e l'affidabilità dei dati". E la Norma 3.4 specifica correttamente come "per la valutazione dell'assetto organizzativo il collegio sindacale si avvale anche dei risultati dell'attività svolta dal soggetto preposto alla revisione legale, considerando, in particolare i rischi da questi segnalati"

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

revisore legale dei conti⁸), pur non prevista dal codice, rientra nei compiti generali di vigilanza costituendo l'architettura dell'*internal audit* una funzione rilevante che dovrebbe assicurare una esatta mappatura dei flussi decisionali-operativi-informativi e dei rischi potenziali collegati a tali processi.

Per ben assolvere ai propri compiti la funzione di controllo interno dovrà trovarsi in piena sintonia organizzativa con le compresenti attività degli organismi di vigilanza ex d.lgs. art. 231/01 e dei soggetti responsabili della qualità aziendale al fine di evitare sovrapposizioni e inefficienze conseguenti alle possibili sovrapposizioni dei controlli, cause di dispendiose perdite di tempo per la società.

L'obbligo individuato dalla norma cardine relativa ai doveri del collegio sindacale impone, in definitiva, una organizzazione del lavoro di controllo incentrato sull'analisi del rischio che deve essere identificato e valutato con riferimento alla dimensione e alla complessità dell'organismo aziendale specifico e che dovrà efficientemente intersecarsi con gli ulteriori *auditors* presenti nell'organizzazione stessa sia per efficientare i controlli sia per assumere tutte le informazioni utili alla vigilanza generale, nella prospettiva di una acquisizione *quanto più preventiva* delle informazioni rilevanti.

Questa esigenza consegue direttamente dal nuovo adempimento informativo a carico degli organi delegati e alle ricadute che da tale adempimento si hanno a carico del collegio sindacale. Diversi dati, infatti, alterano la consueta tempistica dell'informativa dovuta dai delegati: se questi ultimi sono, di norma, tenuti ad informare il consiglio solo successivamente al compimento delle operazioni, si da ridurre lo spettro del potenziale intervento del collegio, l'informativa inerente alla "prevedibile evoluzione della gestione" (discendente dall'art. 2381, comma 5, c.c.) e quella relativa alla prevenzione dei reati (imposta dall'art. 6 D.lgs. 231/2001) concedono più di un'apertura su un'informazione riguardante operazioni future, implicanti, presumibilmente, una più ampia possibilità di intervento⁹. V'è da aggiungere, poi, che il comma 3 dell'art. 2381 c.c. prevede anche che i deleganti esaminino i piani strategici, industriali e finanziari della società "quando elaborati" dovendo assumere che anche i

⁸ PANZANI L., *Il controllo sull'amministrazione nelle società di capitali*, in *Le Società*, 10/2002, osserva come "compito dei sindaci è verificare all'inizio del mandato i rilievi svolti sul sistema di controllo interno dalla società di revisione per verificare se esso è idoneo a salvaguardare il patrimonio aziendale, prevenire e identificare errori ed irregolarità, rilevare completamente e correttamente i fatti di gestione nella contabilità e nel bilancio."

⁹ MONTALENTI P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 194, che segnala il fenomeno di un possibile maggior coinvolgimento diretto del consiglio, dovuto all'informazione preventiva, con possibile aumento della responsabilità. Vedi anche DE NICOLA, *Art. 2381*, in AA.VV., *Amministratori*, a cura di Grezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, 545; vedi anche la Comunicazione Consob 20.02.1997, Raccomandazioni in materia di controlli societari.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

suddetti strumenti, seppur per loro natura sintetici e suscettibili di modifiche, possano costituire elementi informativi preventivi idonei a valutare in anticipo la legittimità e il grado di rischiosità delle attività¹⁰.

Il grado di complessità di un'organizzazione aziendale è certamente la variabile più importante che coinvolge la funzione di controllo: le organizzazioni complesse ripartiscono competenze e responsabilità che diventano reciprocamente dipendenti ed acquisiscono autonoma capacità d'azione per tramite di un coordinamento all'interno di ogni sottosistema e tra i vari sottosistemi. Il decentramento delle funzioni e la specializzazione delle attività causano un frazionamento del potere decisionale, con effetti sia riguardo ad un decentramento di poteri dagli organi di vertice verso le istanze subordinate, sia sotto il profilo dell'affievolirsi delle facoltà di dominio sul fatto da parte di un singolo membro. La funzione di "comando", dal suo canto, si converte nella essenziale funzione di coordinamento delle distinte unità organizzative.

Di conseguenza, la responsabilità degli organi di vertice si trasforma, da una responsabilità da dominio, in una "funzione di coordinamento": in un contesto nel quale le decisioni non percorrono semplici linee verticali, ma si propagano tra sistemi interdipendenti, appare difficoltoso ricondurre le azioni alle decisioni assunte dal vertice.

In secondo luogo, viene in evidenza la difficoltà nel reperire contromisure organizzative, cioè soluzioni organizzative che intervengano su processi rivelatisi incompleti ed inefficaci e quindi bisognosi di correzioni.

Un altro effetto che la decentralizzazione ingenera nella conformazione delle organizzazioni è la suddivisione delle informazioni. Le informazioni circa le decisioni operative percorrono infatti piani orizzontali, tramite contatti informali, mentre le strutture verticali sono deputate a veicolare verso l'alto le questioni ancora da risolvere. La constatazione ha effetti anche sull'attribuzione di stati soggettivi rilevanti: diviene arduo appurare il dolo in capo ai vertici, a causa di questo deficit informativo e in ragione dell'impossibilità, per il singolo membro dell'organizzazione, di prevedere le conseguenze della sua azione, la quale produrrà eventuali offese solo con il concorso di altre condotte segmentate in processi organizzativi.

La decentralizzazione accresce quindi il potenziale di rischio dovendo richiedere qualcosa in più della sorveglianza personale da parte dei vertici: nei sistemi complessi

¹⁰ Cfr.: BONELLI F., *L'amministrazione delle s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 700 ss. il quale sottolinea la delicatezza di questo tipo di informazione, che, in realtà, non verte su "un fatto certo"; tuttavia, in base alla esegesi testuale del comma 3 dell'art. 2381 c.c., lo stesso A. esclude che il collegio sia tenuto a esprimere una "valutazione" sulla prevedibile evoluzione della gestione. Questa limitazione, invero, non affiora in altri commenti: ad es. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5; DE NICOLA, *Art. 2381*, cit., 118-119.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

occorre un management del rischio, che si concretizza nell'obbligo di evitare difetti nell'organizzazione.

Si tratta dunque di verificare che gli organi delegati provvedano a delineare sistemi (*i.e.* assetti) in grado di funzionare non soltanto *al momento della loro creazione* ma anche *in itinere*, obbligati costoro alle modifiche necessarie per mantenere il grado medio di efficienza degli stessi al mutare della dimensione e della complessità dell'organismo aziendale.

L'attività di controllo, di conseguenza, si appunta nella valutazione di tali sistemi e, in particolare, nella valutazione della loro attitudine alla efficace valutazione strategica dei rischi, riconoscibili con l'impiego della tecnologia disponibile, con riguardo all'originario pericolo e a quelli risultanti dalla complessità della struttura organizzativa. Esso si concretizza nel sottoporre a verifica periodica i processi produttivi, decisionali e quelli informativi¹¹.

Assistiamo, infatti, ad un mutamento del "momento" in cui cade il controllo: non solo deve essere assoggettato a verifica l'atto posto in essere dagli amministratori, inteso come risultato di una certa attività "a campione" ed *ex post*, da controllare su atti ormai definitivi (verbali di adunanze consiliari o assembleari, contratti, corrispondenza e documentazione varia) bensì anche quanto precede la messa in essere di tale attività.

Non viene precettivamente richiesto, sia chiaro, che il collegio debba presenziare financo ai processi valutativi e decisionali che conducono i soggetti apicali a decidere quali azioni gestorie intraprendere: l'obbligo legale consiste, invece, nella verifica della struttura organizzativa su cui si innestano le scelte esecutive, valutata *ex ante* in termini di adeguatezza. In altre parole, gli odierni controllori, a diversi livelli, sono chiamati a

¹¹ L'attuale disciplina introdotta dal legislatore societario nel 2001 con il Decreto Legislativo n. 231 si innesta definitivamente in questa ottica, ove se vi è la prova di una corretta strutturazione dei processi decisionali e informativi, permanentemente efficiente e monitorata da appositi organismi, viene meno l'addebito oggettivo in capo alla struttura, la quale deve solo dimostrare di avere approntato le corrette procedure idonee alla prevenzione dei rischi di commissione dei delitti (obbligo di corretta impostazione organizzativa).

Un'affermazione di responsabilità, per la violazione di siffatto obbligo, va incontro comunque a difficoltà consistenti, che discendono in parte dalla circostanza secondo cui i provvedimenti organizzativi sono in grado di avere solo una efficacia dispiegata nel tempo - talché una decisione organizzativa può solo ingenerare un processo di cambiamento di lungo termine -, in parte dal fatto che l'organizzazione è chiamata ad impedire un pericolo che non si lascia fissare in un'esatta dimensione temporale, sì che sfugge il termine entro cui la correzione organizzativa deve essere adottata.

In questo particolare ambito le categorie penalistiche vengono portate al limite delle loro possibilità, non potendosi escludere l'individuazione di obblighi di corretta organizzazione ed una responsabilità da difetto organizzativo.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

monitorare costantemente un'organizzazione, o un segmento di essa, in ordine alla sua idoneità ad individuare uno specifico rischio.

L'idea moderna di controllo è coeva alla percezione di determinati rischi, che si tende ad unificare nel concetto di “*compliance risk*” definibile come un complesso sistema di controllo idoneo a monitorare il grado di rischio di un mancato rispetto di norme e regolamenti, anche interni.

Tale metodologia nasce per prevenire tale rischio ed arretra conseguentemente alla possibile fase genetica di questo affermandosi sempre più come controllo sulle procedure e, a sua volta, come attività proceduralizzata.

Essa concentra l'attenzione sull'organizzazione, non (solo e non tanto) come assetto corporativo dell'ente societario, ma come insieme di articolazioni esecutivo-dinamiche ed aspira, infine, ad una gestione istituzionalizzata di informazioni, cioè allo scambio di queste tramite canali istituzionalizzati¹².

Il flusso informativo all'interno dell'organismo societario e la struttura organizzativa che quel flusso deve efficientemente garantire assurgono a ruolo centrale sia dal lato dei *decision makers*, i quali assumono decisioni gestorie in relazione alla qualità e alla tempestività delle informazioni in loro possesso, sia dal lato dei responsabili del controllo obbligati a valutare se il sistema nel suo complesso sia adeguato alle dimensioni e alla complessità dell'organismo medesimo e quindi idoneo ad una corretta valutazione dei rischi.

Sotto tale profilo, rispetto alla responsabilità per non aver impedito illeciti di cui si è consapevoli, si nota una differenza rilevante rispetto al passato: se il sistema dovesse funzionare così come supposto dal legislatore, risulterebbero notevolmente incrementate le “occasioni” di pervenire alla conoscenza di “fatti pregiudizievoli” (o comunque di situazioni sospette), non solo grazie al meccanismo allestito dall'art. 2381 c.c., di scambio endoconsiliare di informazioni, ma dall'intreccio di questo con altri strumenti, che ampliano la possibilità di acquisizione di informazioni al di fuori del consiglio.

L'organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, ad esempio, ha penetranti poteri ispettivi che percorrono il modello organizzativo adottato dall'ente, in completa autonomia rispetto al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, ai quali è poi tenuto a riferire onde sollecitare eventuali aggiornamenti.

¹² In conformità al volto assunto dal controllo interno nella prassi statunitense: v. FERRARINI, *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitensi ed italiana a confronto*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, 101 ss.. Più in generale, “(...) le società si vanno trasformando in apparati procedurali”, come evidenzia IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità “amministrativa”- codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 693 ss..

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

Questo particolare organo, insieme a tutti gli altri soggetti attivi presenti nell'organizzazione dell'azienda,¹³ in sostanza, diventano un bacino costante di informazione, in grado di incidere sull'obbligo di agire in modo informato degli amministratori in condizione di attingervi e divenendo anche per il collegio sindacale fonti preziose per l'attività di vigilanza generale proprio per la loro attitudine a monitorare gli snodi della struttura organizzativa e i flussi delle informazioni che intercorrono tra gli snodi medesimi¹⁴.

Nel novero dei soggetti-fonti di informazioni rientra a pieno diritto il soggetto incaricato del controllo legale dei conti, revisore persona fisica o società di revisione: le informazioni in possesso di tale importante organo assumono rilievo decisivo nel controllo *in itinere*, potendosi e dovendosi assumere decisioni tempestive ed efficaci (sia da parte dell'organo gestorio sia da parte del collegio sindacale) solo qualora le informazioni, nel caso di specie inerenti l'area amministrativo-contabile, pervengano tempestivamente e con una congrua qualità.

E tale conclusione diviene ancor più evidente se si considera anche l'ultima area dedicata alla competenza del collegio sindacale, indicata espressamente dall'art. 2403 c.c., e relativa al sistema amministrativo –contabile sulla cui adeguatezza e concreto funzionamento tale organo è chiamato a vigilare.

Appare significativo come la Norma 3.6 delle Norme di comportamento del collegio sindacale¹⁵ che tratta della vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo-contabile, tra i criteri applicativi indichi precisi richiami all'importanza del soggetto incaricato della revisione legale *“il quale offre un importante riferimento esterno ed indipendente con particolare riguardo agli aspetti di*

¹³ Tra gli organi con funzioni di controllo va annoverato anche il comitato per il controllo interno, il quale, monitorando costantemente la mappa dei rischi aziendali, riferisce al consiglio e al collegio i quali sono posti nelle condizioni di modificare le decisioni assunte o da assumere. Tale prezioso contributo alla formazione di decisioni “coscienti” del rischio assumendo viene fornito anche dagli organismi per il controllo della qualità e dai comitati istituiti ai sensi del Principio 5 del Codice di autodisciplina della Borsa italiana, formati da amministratori, i quali assumono però informazioni al di fuori della sede consiliare e “senza interrogare direttamente i delegati”.

¹⁴ Nel caso specifico si tratta di valutare, alla luce di taluni indici - non ultimi tipo e dimensioni della società sottoposta a vigilanza -, “la razionalità” dell'organizzazione rispetto agli obiettivi che la società si prefigge, e di garantire che la struttura organizzativa sia in grado di rivelare all'esecutivo quando quegli obiettivi siano raggiunti, oppure di rivelare preliminarmente il rischio che i medesimi non siano raggiunti. Una verifica sui processi, quindi, che a sua volta diviene processo, e non più esclusivamente controllo sugli atti. Con un limite intrinseco nel fatto che la concreta attuazione dell'organizzazione resta nelle prerogative dell'amministrazione.

¹⁵ Pubblicate in via definitiva dal Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili e disponibili sul sito del CNDCEC, in vigore dal 1 gennaio 2012.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

attendibilità del sistema” in questione e come, affinché il collegio sia posto in condizione di vigilare adeguatamente su tale sistema si rende “opportuna una periodica attività di scambio di dati e informazioni tra il collegio sindacale e il soggetto incaricato della revisione legale”.

A tal fine, continua la norma in commento *“in occasione dell’acquisizione di informazioni dalla società di revisione legale o dal revisore legale (attività disciplinata dalla Norma 5.3) il collegio può richiedere notizie in ordine ai controlli informativi e organizzativi istituiti dalla società”.*

Non v’è dubbio che il collegio sindacale mantenga la legittimazione al controllo del bilancio e della contabilità, in tutti i suoi aspetti tecnici, derivando tale potere direttamente dal dovere di vigilanza sul rispetto della legge (anche fiscale e civilistica dello specifico settore) e dal dovere di vigilanza sul rispetto da parte degli amministratori dei principi di corretta amministrazione.

Permane in capo al collegio un obbligo di controllo sulle procedure e sulla loro adeguatezza che rientra nella supervisione generale sul rispetto della legalità e dei principi di corretta amministrazione¹⁶.

¹⁶ Rimangono confermate le aree di natura contabile-amministrativa di diretta competenza del collegio sindacale quali quelle previste dall’art. 2426, n.5 (consenso all’iscrizione nell’attivo del bilancio dei costi di ricerca, sviluppo e pubblicità con utilità pluriennale), dall’art. 2426 n. 6 in materia di iscrizione in bilancio di un valore a titolo di avviamento, all’art. 2429, comma 2, c.c. in materia di osservazioni e proposte sul bilancio di esercizio e sulla sua approvazione con particolare riferimento all’esercizio della deroga ex art. 2423 cc. oltre al controllo della rispondenza degli schemi di stato patrimoniale, di conto economico, di nota integrativa e di relazione sulla gestione alle disposizioni normative sia sotto il profilo formale sia sotto il profilo dell’adeguatezza delle informazioni ivi contenute. Rimangono escluse, quindi, tutte le attività volte al controllo della regolare tenuta della contabilità, della corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili, dell’osservanza delle norme relative alla valutazione del patrimonio sociale e alla verifica di consistenza della cassa, dei valori e dei titoli di proprietà. Ancora non sono più annoverabili tra gli obblighi del collegio sindacale l’espressione di parere sulla distribuzione di acconti sui dividendi né l’effettuazione di controlli connessi ai conferimenti di beni in natura o crediti.

Ma anche all’esito della introduzione del recente decreto sulla revisione debbono confermarsi tutte le perplessità sollevate dalla più attenta dottrina in ordine all’esistenza di un dettato normativo che perimetri con esattezza le reciproche aree di competenza degli organismi di controllo in questione: dovrebbero quindi ancora ritenersi attuali le considerazioni esposte da VALENSISE P. in *Il nuovo collegio sindacale*, op. cit., pag. 116 ss, all’indomani dell’emanazione delle norme di comportamento del collegio sindacale del maggio/giugno 1999, ove l’Autore evidenzia perplessità sulla confermata competenza dei sindaci sul sistema amministrativo-contabile a causa dei “già denunciati rischi di sovrapposizione, conseguenti all’attribuzione ai sindaci delle società quotate, ex novo, in sede legislativa, di un compito che essi non hanno comunque mai assolto autonomamente, e che invece le società di revisione

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

Ma la revisione contabile, come tale, è prerogativa esclusiva dei revisori esterni dovendosi instaurare con questi ultimi una sinergia operativa incentrata soprattutto su un sistema di scambio di informazioni idoneo a mettere al corrente il collegio sindacale di irregolarità gestorie emergenti dalla contabilità, con conseguenze sul piano della responsabilità penale per omesso impedimento¹⁷.

Sul piano obiettivo della fattispecie di omesso impedimento, le attribuzioni inerenti alla vigilanza sull'organizzazione confermano l'ingresso di parametri di

natura aziendale nel controllo svolto dai sindaci, dovendosi valutare, alla luce di taluni indici - non ultimi tipo e dimensioni della società sottoposta a vigilanza -, "la razionalità" dell'organizzazione rispetto agli obiettivi che la società si prefigge, e di garantire che la struttura organizzativa sia in grado di rivelare all'esecutivo quando quegli obiettivi siano raggiunti, oppure di rivelare preliminarmente il rischio che i medesimi non siano raggiunti.

Negli enti di interesse pubblico, a tal proposito, la recente previsione normativa contenuta all'articolo 19 del decreto sulla revisione rubricato "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" segna una conferma di questa impostazione laddove individua il collegio sindacale (che assomma le funzioni anche di comitato per il controllo interno e la revisione contabile) quale organo sovraordinato a vigilare su "a) il processo di informativa finanziaria; b) l'efficacia dei sistemi di controllo interno, di revisione interna, se applicabile, e di gestione del rischio; c) la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati; d) l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale, in particolare per quanto concerne la prestazione di servizi non di revisione all'ente sottoposto alla revisione legale dei conti", obbligando il

eseguono da sempre". Anche COLANTUONI V., *I doveri del collegio sindacale*, op. cit., pag. 542 ss., trova incongruente la scelta operata dalla riforma di sopprimere la funzione contabile dal novero dei doveri del collegio sindacale.

Il profilo sottolineato da VALENSISE introduce il tema sviluppato in questo contributo sulla dinamica dello scambio di informazioni evidenziando l'Autore come il collegio, per ben assolvere al compito inerente la vigilanza sull'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile, debba comunque "tenere conto dei risultati delle operazioni di verifica al riguardo condotte dalla società di revisione, prospettando un coordinamento tra questi soggetti, con tutto ciò che ne può conseguire".

¹⁷ Cfr. Trib. Milano sez. II, 23.03.2004, n. 3028, in *Riv dott. comm.*, 2005, 521 ss. In dottrina, v. ALDROVANDI, *La responsabilità penale degli organi di controllo degli organi di controllo nella spa*, in *Dir. prat. Soc.*, 22/2003, 25, e, da un punto di vista civilistico, DOMENICHINI, *Art. 2403*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, 723., 753. Diversa l'opinione di PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 278, secondo cui la sottrazione di competenze in materia contabile avrebbe determinato un conseguente arretramento della posizione di garanzia dei sindaci.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

revisore legale o la società di revisione a “*presentare al comitato di controllo interno (i.e. collegio sindacale) una relazione sulle questioni fondamentali emerse in sede di revisione legale, e in particolare sulle carenze significative rilevate nel sistema di controllo interno in relazione al processo di informativa finanziaria*”.

Il dovere generale di controllo sull’assetto contabile e amministrativo costituisce infatti la norma di chiusura che definisce il collegio sindacale quale organo sovraordinato anche alle verifiche di natura contabile e che esso potrà efficacemente effettuare nella misura in cui gli sia consentito accedere all’esito delle attività prestate dal revisore legale dei conti, unico soggetto al quale è funzionalmente attribuito tale compito.

Lo specifico dovere imposto al revisore dalla legge non pone dubbi al riguardo: la verifica nel corso dell’esercizio della regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili di cui all’art. 14, comma 1, lett. b) del D. lgs 39/2010 implica una verifica generale della capacità del sistema amministrativo-contabile della società ad adempiere a tale compito, se vogliamo anche indiretta, nel senso che un giudizio del revisore che attesti quanto richiesto dall’articolo 14, lett. b), non può non implicare un giudizio complessivo preliminare sul sistema amministrativo-contabile.

E che il collegio sia chiamato ad esprimersi sull’adeguatezza di tale sistema, con poteri di verifica diretta sul sistema, confermando l’esistenza di due attività valutative concorrenti¹⁸, implica anche la possibilità che tale organo abbia accesso ai documenti di lavoro attraverso i quali si è formato il giudizio del revisore: la verifica della correttezza del procedimento valutativo che ha condotto l’organismo qualificato a produrre una opinione di adeguatezza per tramite delle verifiche in itinere e finali potrà porre in condizione il collegio sindacale di confermare (o meno) il giudizio sul punto¹⁹.

¹⁸ VALENSISE P. in Il nuovo collegio sindacale, op. cit., pag. 116 ss.

¹⁹ Sembrano ritornare di attualità, quindi, i suggerimenti dei principi di comportamento del collegio sindacale del 1995 i quali, come visto, sottolineavano l’inopportunità di una duplicazione di controlli da parte del collegio sindacale, e raccomandavano che quest’ultimo acquisisca dalle società di revisione i risultati delle verifiche condotte al riguardo. Anche la Consob con la comunicazione del febbraio 1997 raccomandava di richiedere alla società di revisione, esecutrice in via ordinaria delle verifiche sul sistema di controllo interno “tutte le informazioni utili per il controllo di propria competenza, con particolare riferimento a quelle relative al funzionamento del sistema di controllo interno ed amministrativo contabile, il cui fine è proprio di garantire la conformità degli atti di gestione all’oggetto sociale, la salvaguardia del patrimonio e l’attendibilità dei dati contabili” (da VALENSISE P., Il “nuovo” collegio sindacale, op. cit.).

Dopo l’introduzione del d. lgs n. 39/2010, in materia di assetto amministrativo-contabile e di necessario monitoraggio del sistema di controllo interno non paiono mutate le condizioni per poter addivenire a diverse conclusioni rispetto a quelle alle quali i commentatori più attenti

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

La complessità delle organizzazioni postula la scelta funzionale e divisionale come sistema ineludibile per l'esistenza stessa dell'organismo il quale non potrà essere efficace ed efficiente senza l'adozione di tale opzione organizzativa la quale, per sua natura, presuppone lo strumento della delega quale soluzione idonea al raggiungimento degli scopi aziendali. Negli organismi complessi, in sintesi, non può ritenersi ragionevole esigere una prestazione impossibile al soggetto incaricato di un determinato controllo obbligandolo a verifiche dirette che renderebbero improba la sua attività portandola, in un certo senso, fuori dalla previsione legale: nessun organo possiede l'intero governo del processo, ma ciascuno può influenzarne fasi successive, in una sequenza continuativa, in quanto non risolta in operazioni *una tantum*²⁰.

Tutto ciò implica che possa essere rilasciato il giudizio di congruità e adeguatezza richiesto dalla legge ove la verifica delle attività poste in essere dagli organismi intermedi (comitato di controllo interno e revisori legali dei conti) porti ad una conclusione univoca (in capo al collegio sindacale) in ordine alla mancanza di vizi procedurali e alla coerenza logico-argomentativa degli esiti delle verifiche di tali organismi.

Le verifiche dirette, sempre possibili in capo al collegio, si dispiegano alla luce di quanto fin qui delineato, in una diversa prospettiva, meno problematica e maggiormente tesa al "controllo delle procedure", proprio a causa di una valorizzazione funzionale di chi è per legge preposto professionalmente ad una particolare funzione.

pervennero all'indomani dell'introduzione del Testo unico sulla finanza: ritengo che la soluzione che conferisce un livello di secondo grado al controllo dei sindaci, obbligati alla verifica delle risultanze alle quali giungano i revisori, possa evitare il rischio "di una reciproca deresponsabilizzazione con rimpallo poco soddisfacente rispetto alla tutela degli interessi in gioco" (citazione da FORTUNATO S., Commento sub artt. 155-157, 161-165, 833, 844 ripresa da VALENSISE P., Il "nuovo" collegio sindacale, op. cit.)

Non può che convenirsi con quanto evidenziato da MAGNANI, in Commento sub artt. 149-154, 1706, laddove ritiene non condivisibili le affermazioni secondo cui, avendo il collegio sindacale questo specifico dovere di controllo sull'adeguatezza della struttura organizzativa e contabile, la società di revisione potrebbe assumere tali verifiche come eseguite, "procedendo direttamente a controllare la regolare tenuta della contabilità e la corretta rilevazione dei fatti di gestione".

²⁰ Tale assunto appare ben più appropriato alla funzione di vigilanza attribuita ai sindaci dalla legge di riforma, rispetto alle diverse attività di controllo e valutazione: tale impegnativa funzione, infatti, comporta un esercizio pervasivo del controllo legale sui processi aziendali che risulta anticipato alla fase di realizzazione rispetto al loro concreto svolgersi. Tale obbligazione non può ragionevolmente esigersi senza riconoscere il necessario legame organico con i soggetti obbligati alla trasmissione delle informazioni su quella parte di processo (assetto amministrativo-contabile) che rimane sotto il loro diretto controllo.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

Da qui appare chiara la rilevanza che deve essere attribuita alle informazioni che il collegio sindacale deve ricevere da tali organismi: occorre rilevare, infatti, come debba essere permesso e facilitato l'accesso al collegio sindacale ad ogni tipo di dato ed elemento informativo inerente l'area amministrativo contabile, riguardante sia l'esito del monitoraggio *in itinere* sui dati aziendali sia la verifica principale sul documento di sintesi della società onde evitare lo svuotamento di contenuto dei principi generali relativi ai doveri e alle funzioni di tale organo.

Tra queste rimarchiamo le attività di contenuto informativo richiamate agli articoli 2403**bis** c.c., in ordine al potere attribuito ai sindaci di procedere anche individualmente ad atti di ispezione e controllo e al potere di richiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali e su determinati affari, anche con riferimento alle società controllate, 2405 c.c., in ordine al dovere di intervento dei sindaci alle adunanze del consiglio, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo e 2409**septies** c.c. riguardante l'obbligo di scambio reciproco di informazioni rilevanti, norme che non risultano modificate dal decreto sulla revisione e rimangono quindi come strumenti essenziali al raggiungimento dell'obiettivo rappresentato dall'efficienza ed efficacia dei controlli sostanziali.

Per fermare il ragionamento occorre partire dalla pratica attuazione di questo che risulta essere un elemento essenziale dell'attività di controllo. L'acquisizione da parte degli amministratori di notizie²¹ circa l'andamento delle operazioni sociali e su determinati affari passa inevitabilmente dalla verifica di atti, documenti, relazioni, corrispondenza e quant'altro il cui vaglio sarà l'oggetto della verifica, non potendo supplire a questo lavoro le verbalizzazioni delle dichiarazioni degli amministratori sul punto, dichiarazioni che eventualmente forniranno un supporto alla ineliminabile verifica documentale.

Tale accertamento deve essere condotto anche in ordine alla sfera attinente alla funzione amministrativa e contabile società, per tutti i motivi già ampiamente dispiegati innanzi, acquisendo e verificando in questo caso tutta la documentazione afferente alla materia, incluso l'esito delle verifiche di competenza del revisore legale dei conti²².

²¹ La Norma di comportamento n. 5 sui "Poteri del collegio sindacale", nei principi, rimarca come i Sindaci "si assicurano un costante flusso di informazioni concernenti le operazioni sociali attuate e quelle in corso, nonché l'andamento della società. L'ottenimento di tali informazioni da parte dei sindaci avviene tramite la partecipazione alle riunioni degli organi sociali, mediante l'acquisizione e lo scambio di dati e notizie rilevanti per lo svolgimento delle funzioni di controllo, nonché tramite l'esercizio di specifici poteri ispettivi e di controllo".

²² Gli atti di ispezione e controllo indicati all'art. 2403**bis** c.c. rappresentano certamente uno strumento pervasivo, addirittura esercitabile individualmente dal singolo sindaco, e possono avere come destinatari qualsiasi organo o funzione della società. Anche questa norma va letta nell'ambito del potere-dovere dei sindaci di ottenere ogni notizia e informazione necessaria all'adempimento corretto dell'obbligo di vigilanza secondo quel parametro di diligenza che

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

Appare di chiara evidenza che la norma in commento costituisca la chiave di volta nell'indagine in corso: oltre alle informazioni provenienti dai consiglieri delegati di cui all'art. 2381, comma 5, c.c. il collegio sindacale può ricevere altre informazioni dall'organo amministrativo qualora vengano esercitati i poteri previsti dall'articolo in questione con la richiesta di "notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari".

Le richieste specifiche del collegio sindacale possono e devono spingersi fino a "scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito

andrà eventualmente provato proprio con l'evidenza di atti posti in essere dai sindaci al fine dell'acquisizione delle informazioni necessarie al proprio ufficio. La Norma di comportamento 5.1 tende ad inserire il potere di cui all'art. 2403bis cc quale "attività propedeutica e complementare al regolare, coordinato e informato funzionamento del collegio sindacale, nonché all'assunzione di decisioni che, in ogni caso, devono avere il carattere della collegialità". Continua ancora la Norma: "Il collegio sindacale oggi riveste un ruolo di tale rilevanza nella circolazione e nella valutazione dell'informazione da essere il vero crocevia dei flussi informativi tra i diversi organi e funzioni sociali. Proprio per questa ragione è necessario un confronto con gli altri soggetti che, per norma statutaria o di legge, controllano il corretto comportamento della società. Da ciò discende la necessità di un confronto periodico con questi soggetti con i quali lo scambio informativo appare particolarmente opportuno e meritevole di un'adeguata programmazione in sede di pianificazione degli interventi".

In termini maggiormente espliciti occorre evidenziare come il potere di ispezione diviene sussidiario ove il flusso informativo da parte dei soggetti-fonte di informazione giunga in maniera efficace ed efficiente, dovendosi provvedere all'assunzione diretta ogni qualvolta il collegio valuti inadeguate o insufficienti le informazioni ricevute.

Sul punto si legga anche OLIVIERI V. I controlli "interni" nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio, in *Giur comm.*, 2007, I, p. 409 ss in tema di obbligo di informazione tempestiva che deve ricomprendere anche la relazione sulle attività di controllo interno. Anche il Codice di Autodisciplina (Comitato per la corporate governance, Borsa Italiana S.p.A., 2006) evidenzia come il collegio sindacale funge da referente ultimo dei soggetti incaricati del controllo interno, ossia da controllore di secondo grado. In materia di controlli contabili, al criterio applicativo 10.C.5, è stabilito che il collegio sindacale vigila sul rispetto dei criteri volti ad assicurare l'effettiva indipendenza dei sindaci stessi e della società di revisione, che i sindaci possono chiedere alla funzione di internal audit lo svolgimento di verifiche specifiche e che il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti (criterio 10.C.6). E' il parere anche di SCHIUMA L., in "Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo della spa nei diversi sistemi di governance" in *Rivista di diritto civile*, 2011 n.1 Cedam, parte II, p. 66, che vede "una posizione di sovraordinazione del collegio sindacale sul sistema dei controlli interni al pari di quanto si verifica nel settore bancario"

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

ai sistemi di amministrazione e di controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale”.

In dettaglio le fonti informative normativamente individuate che alimentano la funzione di vigilanza del collegio sindacale risultano essere: (i) le notizie degli amministratori delegati circa il generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate (art. 2381, comma 5, c.c.); (ii) la denuncia da parte dei soci di fatti censurabili posti in essere dagli amministratori (art. 2408 c.c.); (iii) le notizie circa ogni interesse degli amministratori in una determinata operazione della società (art. 2391 c.c.); (iv) le notizie di dissenso di un amministratore rispetto alle delibere assunte dal consiglio di amministrazione (art. 2392 c.c.); (v) la notifica dell'azione sociale di responsabilità esercitata dai soci (art. 2393-bis c.c.); (vi) la comunicazione dell'amministratore che rinuncia al suo ufficio (art. 2385 c.c.); (vii) la relazione sulle proposte di aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione (art. 2441, comma 6, c.c.); (viii) la relazione sulla situazione patrimoniale della società il cui capitale è diminuito oltre un terzo per perdite (art. 2446 e 2482-bis c.c.); (ix) il rendiconto finale del patrimonio destinato allo specifico affare (art. 2447-novies c.c.); (x) la relazione sulla gestione e il bilancio (art. 2429 c.c.); (xi) le notizie provenienti dai collegi sindacali delle società controllate (art. 2403bis cc).

Ma vanno elencate anche le ulteriori fonti informative, non meno rilevanti giusta la loro già delineata decisiva funzione preventiva, individuabili (i) nell'organismo di vigilanza, (ii) nell'*internal audit*, (iii) nel revisore legale dei conti, nel dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili-societari e, in ultima analisi, in tutti i soggetti detentori di informazioni rilevanti alle quali il collegio può attingere ai sensi dell'art. 2403bis cc²³.

L'oggetto degli accertamenti potrà comunque estendersi a qualsiasi fatto gestionale rilevante permanendo così un potere-dovere di monitoraggio costante dell'attività gestionale in capo al collegio sindacale che diviene così l'organo principale di convogliamento dei dati rilevanti occorsi *durante societate*.

Tali poteri si inseriscono organicamente nel nuovo orizzonte delineato dal legislatore della riforma che ha collocato il principio di circolazione delle informazioni tra quelli informanti lo statuto delle società commerciali.

Tutti questi “accertamenti” che, ripetiamo, possono avvenire anche fuori della sede consiliare debbono risultare da apposite verbalizzazioni all'interno del libro obbligatorio di cui all'art. 2421, primo comma, n. 5, c.c.

²³ Per un confronto sui soggetti interlocutori del collegio sindacale e fonti di informazioni IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; 175;

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

E nella scarsità di regole previste dai quattro commi dell'art. 2404 c.c. risalta quella inserita al comma terzo che obbliga il collegio sindacale a redigere il verbale delle riunioni che deve "essere trascritto nel libro previsto dall'art. 2421, primo comma, n.5) e sottoscritto dagli intervenuti". Tale libro, tenuto a cura del collegio sindacale, deve esser numerato progressivamente in ogni pagina e bollato in ogni foglio a norma dell'art. 2215 c.c.²⁴.

Anche le norme di comportamento del collegio sindacale citate, alla norma 2.3, prevedono che "i controlli svolti dai sindaci siano sufficientemente ed ordinatamente documentati".

Le verbalizzazioni risultano quindi rilevanti ai fini della dimostrazione dell'avvenuto svolgimento delle funzioni di vigilanza imposte dalla legge risultando altrettanto opportuno l'allegazione al libro di tutta la documentazione a supporto delle verifiche e degli accertamenti svolti²⁵.

In definitiva per potersi adeguatamente esprimere sulle materie oggetto della vigilanza legale attribuitagli dalla legge il collegio sindacale deve richiedere ed ottenere²⁶ da tutti i soggetti-fonti di informazioni i necessari elementi informativi e i dati

²⁴ Tale formalità è imposta dalla particolare struttura di organo collegiale il quale manifesta la sua volontà attraverso delibere che, per essere opponibili, debbono risultare da supporti probatori aventi le caratteristiche previste dalla legge. Inoltre l'organo in questione deve provare il proprio operato in maniera inequivocabile ed il verbale assume particolare rilevanza in ordine all'eventuale accertamento della responsabilità dei sindaci, anche con riferimento ai membri assenti alla riunione che intendano esprimere il proprio assenso o dissenso in ordine a particolari rilevi formulati da altri. (FERRARO P.P. in Riunioni e deliberazioni del collegio, in La riforma delle società, a cura di SANDULLI M., SANTORO V., Torino, 2003, 570.

²⁵ È noto come nella prassi i verbali del collegio sindacale vengano richiesti anche da organismi terzi in particolari occasioni quali verifiche della Guardia di finanza o accertamenti in sede di procedimenti penali, e anche nel periodico scambio di informazioni con il revisore ove la consegna integrale del verbale in sede di incontro costituisce la soluzione comunemente adottata.

Tale prassi, oltre a non realizzare compiutamente lo scopo della norma relativa allo scambio di informazioni, pone un problema in ordine all'obbligo di segreto su fatti e documenti di cui i sindaci hanno conoscenza in ragione del loro ufficio di cui all'art. 2407, primo comma, cc.

La problematica viene ad evidenza anche nei rapporti tra società controllante e controllate ove i sindaci della capogruppo possono richiedere le informazioni utili al loro ufficio ai colleghi delle società sottoposte al controllo (cfr. a tal proposito PROVIDENTI S. in Amministrazione e controlli, art. 2403-bis c.c., in Società per azioni, Nazzicone L.-Providenti S., a cura di LO CASCIO G. Milano, 2003, pagg. 282 ss.

²⁶ Che tale assunto appaia ancora controverso è provato dalle Osservazioni formulate da Assirevi alle Norme di comportamento del Collegio sindacale nelle società non quotate nell'ambito della pubblica consultazione e pubblicate sul sito dell'associazione dei revisori in data 29/10/2010 le quali lamentano un'interpretazione troppo "pro collegio sindacale" della

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

idonei a tale scopo, ove tali elementi non siano desumibili dall'attività periodica ordinaria e dalla partecipazione alla attività degli organi sociali.

Quella del collegio in sintesi appare oggi, alla luce delle nuove disposizioni, un'attività di controllo "misto" in parte mediata attraverso le risultanze dei controlli effettuati dagli altri *auditors* presenti nel sistema organizzativo e in parte diretta per tramite dei controlli autonomi sulla rispondenza dell'attività gestoria alle legge e allo statuto.

La parte mediata dei controlli non esime il collegio da potere-dovere di procedere ad atti di ispezione diretta nelle singole aree presidiate dagli altri organi ma, nelle società di maggiore complessità organizzativa, ove presenti gli organi in questione il controllo sull'efficienza e adeguatezza dei sistemi e degli assetti deve poter assumere gli esiti delle verifiche poste in essere da tali soggetti, anch'essi chiamati al pari del collegio ad esprimersi in merito alle proprie aree di competenza²⁷.

norma laddove le Norme di comportamento sembrano far "prevalere l'acquisizione da parte del Collegio Sindacale di informazioni provenienti dal soggetto incaricato della revisione legale" (pag. 11 di 13 delle Osservazioni). Su tale tema si leggano i commenti della dottrina agli artt. 149-151 TUF con riferimento all'obbligo di scambio delle informazioni: in particolare PARRELLA F. in "Articolo 150. Informazione", in "Il Testo Unico della Intermediazione finanziaria, Commentario al D. Lgs. N. 58/24.02.1998, a cura di C. R. BEDOGNI, Giuffrè, MILANO, 1998; ove, a pag. 801, l'Autore evidenzia come "l'obbligo informativo posto a carico della società di revisione è funzionale allo svolgimento da parte del collegio sindacale della vigilanza soprattutto dell'adeguatezza del sistema informativo-contabile e sull'affidamento dello stesso a rappresentare correttamente i fatti di gestione".

Sempre nel senso dell'esistenza di un obbligo a carico dei revisori di trasferire tempestivamente le informazioni rilevanti al collegio sindacale cfr CONSOB, punto 2 della Comunicazione n. DAC/RM/97001574 del 20/2/1997 (in Riv. Soc., 1997, 207) che raccomanda al collegio sindacale di richiedere "alla società di revisione tutte le informazioni utili per il controllo di propria competenza, con particolare riferimento a quelle relative al funzionamento del sistema di controllo interno ed amministrativo contabile, il cui fine è proprio quello di garantire la conformità degli atti di gestione all'oggetto sociale, la salvaguardia del patrimonio e l'attendibilità dei dati contabili" e alla società di revisione di "prestare la massima collaborazione in tal senso".

²⁷ SCHIUMA L., in "Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo della spa nei diversi sistemi di governance", op. cit. che sul tema, precisamente rileva: "Una correttezza sulla quale è chiamato a vigilare, allora, il collegio sindacale anche quando si occupa dell'adeguatezza della struttura organizzativa della società, dei sistemi di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile a rappresentare correttamente i fatti di gestione, trattandosi di appurare, anche in questo caso, il rispetto da parte degli amministratori delle regole sulla conservazione del patrimonio, sulla persistenza dell'iniziativa oltre che sulla plausibilità delle scelte organizzative in relazione all'oggetto sociale, nonché il rispetto dei propri doveri da parte

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

D'altro canto occorre segnalare, nell'attuale sistema dei controlli, la compresenza delle Norme di comportamento del collegio sindacale nelle società quotate emanate congiuntamente dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, che confermano questo sistema di controlli graduati nel quale il collegio sindacale si avvale dei risultati delle operazioni di verifica condotte dal revisore in ordine all'area amministrativo-contabile laddove, testualmente, al principio 2.3 si legge: *“Il Collegio Sindacale esamina poi la rilevazione della struttura organizzativa svolta dalla Società di revisione e prende visione degli eventuali punti di debolezza da questa segnalati nelle lettere alla direzione. Se del caso, i Sindaci completano la rilevazione della struttura organizzativa della società per le aree non coperte dalla società di revisione”*. Questo approccio viene confermato anche in tema di vigilanza sul sistema di controllo interno alla Norma 2.4²⁸ dovendosi registrare in questo testo una logica coerente alla natura dei controlli nei sistemi complessi fin qui analizzata, logica che, ritengo, debba essere mantenuta e rafforzata alla luce del decreto sulla revisione e sulle modifiche da esso introdotte.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato non appare esservi coerenza logico-sistemica nell'espunzione dell'obbligo di tenuta del libro da parte del revisore legale dei conti ad opera del già citato decreto legislativo sulla revisione: il mantenimento della formalità, lungi dal rappresentare il contenuto della prestazione voluta dall'art. 2409^{septies} c.c., avrebbe comunque costituito il naturale strumento legale idoneo a monitorare oggettivamente l'attività dell'organo della revisione e, nel contempo, l'agile strumento di consultazione da parte dei soggetti legittimati a conoscerne il contenuto (certamente la società, il collegio sindacale e l'autorità giudiziaria e amministrativa) evitando le connaturali insufficienze informative delle sintesi e dei reports generali, divenuti recentemente i succedanei del vecchio libro della revisione.

di tutti gli altri soggetti (ivi compreso il revisore esterno ed il preposto interno al controllo contabile), sul cui operato i sindaci sono chiamati a vigilare.

²⁸ Che precisamente prevede quanto segue: *“Il Collegio Sindacale, all'inizio del mandato, nell'ambito delle conoscenze acquisite sulla struttura organizzativa aziendale, deve esaminare i risultati del lavoro svolto dalla società di revisione per la valutazione del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo contabile, e le eventuali lettere trasmesse alla direzione, considerando se condivide o meno la valutazione da questa espressa in merito alla capacità del sistema:*

- di salvaguardare il patrimonio aziendale,
- di prevenire o identificare errori o irregolarità,
- di rilevare correttamente e completamente i fatti di gestione nella contabilità e nel bilancio;”

Nonostante tali norme, come detto, siano risalenti e stiano per essere del tutto rinnovate, anche alla luce delle recenti modifiche in tema di revisione, vale la pena citarle proprio a conferma di quanto sin qui esposto e proprio per la loro attualità, ritengo, nell'attuale sistema dei controlli.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

Tale considerazione appare rilevante anche con riferimento alla soppressione della verifica trimestrale obbligatoria a carico del revisore, regola ritenuta coerente con l'adempimento relativo alla verifica *nel corso dell'esercizio* della regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili" (art. 14, comma 1, lett. b), d.lgs. 39/2010) e perfettamente compatibile con il complementare adempimento a carico del collegio sindacale, tanto dal ritenere il precedente impianto maggiormente idoneo a favorire lo scambio di informazioni tra gli organi.

3. Le aree di controllo di competenza del revisore legale dei conti, i dati informativi di cui è destinatario e gli strumenti per la loro raccolta

Tutte le norme codicistiche che disciplinavano l'attività del revisore contabile²⁹ (attualmente ridefinito dalla legge "revisore legale dei conti") sono state abrogate dal d.lgs. n. 39 del 27 gennaio 2010 il quale disciplina il contenuto dell'attività di tale organo agli articoli 11 e 14.

L'art. 11 del decreto in commento rubricato "Principi di revisione", indica i riferimenti ai quali conformarsi per lo svolgimento della revisione legale individuandoli nei "principi di revisione adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 26, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/43 CE (comma 1). Al comma 3 dello stesso articolo 11 il decreto precisa che "*Fino all'adozione dei principi di cui al comma 1 la revisione legale è svolta in conformità ai principi di revisione elaborati da associazioni e ordini professionali e dalla Consob*"³⁰. Il comma 2 prevede invece in capo al Ministero competente il potere di disporre regolamenti che individuino procedure di revisione particolari per gli enti di cui all'articolo 16 del decreto in commento (gli enti di interesse pubblico, tra i quali sono individuate le società quotate).

L'art. 14 del decreto, invece, disciplina, come indica in rubrica, *la Relazione di revisione e il giudizio sul bilancio* e dovrebbe ripercorrere l'abrogato art. 2409^{ter} del

²⁹ Gli articoli 2409bis, 2409 ter, 2409quater, 2409quinquies e 2409sexies del codice civile. L'abrogazione dell'art 2409^{ter} c.c. incide anche in tema di definizione della funzione di revisione legale dei conti in quanto l'attuale regolamentazione viene del tutto svuotata dai precedenti (comunque minimali) accenni al tema : in tal senso deve essere letto a mio parere l'eliminazione della lettera b) del primo comma dell'art. 2409^{ter} c.c. che indicava di verificare se il bilancio di esercizio e il bilancio consolidato corrispondano alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e se sono conformi alle norme che li disciplinano.

³⁰ Ad oggi i principi di revisione non sono stati ancora adottati e quindi si fa riferimento ai principi di revisione attualmente in vigore ed elaborati dal CNDCEC a partire dal 2002, consistendo questi ultimi nei principi di revisione internazionali tradotti ed adattati. Presso il CNDCEC è istituita apposita commissione presso la quale risulta in corso di completamento la traduzione di tali principi internazionali (ISA) che devono essere successivamente recepiti dalla UE e pubblicati con regolamento.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

c.c. (già denominato “Funzioni di controllo contabile”): il primo comma prevede che: “*Il revisore legale o la società di revisione legale incaricati di effettuare la revisione legale dei conti:*

a) *esprimono con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto;*

b) *verificano nel corso dell’esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili.”*

Questa norma indica quindi i due punti fondamentali che devono conformare la novellata attività del revisore legale dei conti dovendosi rilevare come tal’ultima rappresentazione dell’attività di revisione venga diversamente esposta dal decreto rispetto alla precedente disposizione codicistica.

Come visto l’articolo 14 al primo comma non pone più in capo al revisore l’obbligo di “verifica se il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato corrispondano alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e se sono conformi alle norme che li disciplinano”³¹ e anche l’ordine delle funzioni di revisione appare capovolto rispetto alla previsione codicistica ove il giudizio sul bilancio di esercizio era (più correttamente) posposto rispetto ai controlli in itinere sulla contabilità, quasi ad indicare il percorso logico che il processo di revisione dovrebbe prevedere, a mente del quale non si potrebbe (né si dovrebbe) addivenire ad un parere sul bilancio finale senza l’accertamento periodico della regolare tenuta della contabilità sociale.

Ma a parte tali considerazioni di ordine letterale non pare revocarsi in dubbio che anche l’attuale disciplina dell’attività di revisione legale abbia ad oggetto il controllo della correttezza della rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili e la regolare tenuta della contabilità *nel corso dell’esercizio*, attività che va intesa come funzione autonoma e distinta rispetto al giudizio sul bilancio di esercizio, anche se ovviamente del tutto funzionale anche a quest’ultima³².

³¹ V. F. BAVA e A. DE VALLE in *Il processo di revisione*, in *Le Società*, 11/2010, che sul punto evidenziano come la mancanza normativa “non può che essere interpretata come un aspetto puramente formale in quanto per poter esprimere il giudizio sul bilancio è indispensabile verificarne la correttezza”.

Sempre gli Autori specificano che: “la mancata specificazione della periodicità delle verifiche nell’attuale formulazione della norma non deve essere interpretata come l’introduzione della possibilità di effettuare verifiche con una periodicità inferiore rispetto a quella trimestrale” dovendo considerare quest’ultima come “un intervallo minimo, poiché in alcuni casi potrà essere necessario effettuare verifiche più ravvicinate.”

³² L’autonomia dei controlli periodici in capo al revisore legale dei conti assume centralità con riferimento all’essenziale verifica dell’esistenza del requisito della continuità aziendale di cui infra al presente paragrafo.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

Va precisata e messa in luce tale autonomia sia con riferimento alla mancanza nell'attuale decreto del riferimento temporale alla "periodicità trimestrale" sia, soprattutto, alla decisiva influenza che detta attività svolge a favore del giudizio da rendere in sede di rendiconto annuale.

Infatti, senza una puntuale e costante verifica del sistema amministrativo-contabile e della sua attitudine alla corretta trasfusione dei fatti di gestione nella contabilità sociale non potrà addivenirsi ad un giudizio complessivo sul bilancio di esercizio e su quello consolidato³³ senza rischi di errori significativi.

Il sistema dei principi di revisione oggi in vigore definisce l'insieme di attività che deve svolgere il revisore legale dei conti sinteticamente distinguendole nelle tre fasi: 1. pianificazione; 2. verifiche periodiche; 3. controllo del bilancio. L'insieme delle numerose e complesse attività che compongono le suddette fasi costituisce il processo di revisione che ha come orizzonte ultimo quello dell'espressione di una *opinion* finale sul bilancio sul quale il revisore deve raggiungere un livello di "ragionevole certezza", cioè che esso sia privo di "errori significativi".

Le prime due macro-attività facenti parte del processo di revisione (pianificazione e verifiche periodiche) sono svolte *in itinere* e di fondamentale importanza in questa fase (la più rilevante sotto il profilo quantitativo, occupando lo spazio di tempo maggiore pari a tutto l'esercizio sociale) risulta essere la verifica di

³³ In tale ottica appare incoerente la tutt'ora vigente previsione codicistica che impone al Collegio sindacale la redazione delle Osservazioni alla situazione patrimoniale in occasione del prefigurarsi della fattispecie prevista all'art. 2446 c.c.: occorre chiedersi se ancora sia opportuna un'attività di verifica su materia strettamente contabile in capo ad un organo che non dispone direttamente delle informazioni necessarie a pronunciarsi efficacemente su tale ambito.

Più opportuna sarebbe una disposizione che prevedesse anche una relazione del revisore legale dei conti alla situazione (economico) patrimoniale della società, oltre alle osservazioni dell'organo di vigilanza, come prevista per i bilanci annuali, stante la funzione che la norma attribuisce a tale previsione. Si chiede infatti di certificare che la perdita prodottasi nel periodo contabile considerato (quasi sempre infrannuale) sia tecnicamente ineccepibile sotto il profilo della "corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili" e sotto il profilo della "regolare tenuta della contabilità", indubbiamente materie di stretta pertinenza della revisione legale.

Tale ragionamento viene portato anche alla naturale conseguenza di dover assumere un giudizio del revisore legale anche in tema di bilanci straordinari e di bilanci intermedi di liquidazione, ove tali rendiconti hanno senza dubbio la medesima natura dei bilanci di esercizio. Ad oggi tale lacuna normativa appare foriera di contrasti tra organi di controllo potendosi eventualmente risolvere in occasione di un possibile riordino dell'intera materia della vigilanza e del controllo societario.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

efficienza del sistema amministrativo-contabile costituendo questa funzione la fonte primaria di informazioni che va ad alimentare il processo di revisione.

Una falla o un malfunzionamento del sistema amministrativo-contabile, infatti, dovrebbe indurre il revisore a recedere dal contratto a meno di un intervento tempestivo idoneo a risolvere il *vulnus* e a ripristinare la regolarità della funzione³⁴.

Il processo di pianificazione del controllo comprende anche l'analisi dell'efficacia del sistema di controllo interno³⁵ dell'impresa in quanto tale attività risulta strumentale alla valutazione del livello del rischio di controllo: come già ampiamente approfondito nella prima parte di questo intervento la corretta ed efficace gestione dei rischi in chiave preventiva costituisce il parametro che deve guidare la governance dei controlli societari³⁶.

Ma tale attività di controllo durante l'esercizio rileva anche sotto il profilo del puntuale accertamento dell'esistenza del requisito della continuità aziendale (*i*)³⁷ e dello

³⁴ Risulta evidente come la "vicinanza" al sistema oggetto di valutazione, il sistema amministrativo-contabile, costituisca di fatto il revisore legale quale fonte informativa privilegiata del collegio sindacale, senza la quale non potrebbero nemmeno concretizzarsi le eventuali proposte costruttive di modifica e adeguamento del sistema stesso da rivolgersi agli amministratori responsabili della definizione degli assetti (per averli disegnati, curati e valutati).

³⁵ BAUER R, in *La nuova revisione legale nei sistemi di controllo societario*, Milano, 2011, che a pag. 114 specifica come "il Collegio sindacale esamina la rilevazione della struttura organizzativa svolta dal revisore o dalla società di revisione e vigila sui punti di debolezza eventualmente da questa segnalati. Per formarsi un giudizio sul concreto funzionamento del sistema di controllo interno, il Collegio sindacale può, altresì, scambiare informazioni con il soggetto incaricato della revisione legale, in particolare, può richiedere informazioni sui risultati dei controlli di conformità da questi svolti".

Leggasi anche V. F. BAVA e A. DE VALLE in *Il processo di revisione*, in *Le Società*, 11/2010, che sul punto, nel definire il processo di pianificazione del controllo, concludono che questo deve "comprendere anche l'analisi dell'efficacia del sistema di controllo interno dell'impresa, in quanto tale attività è strumentale a valutare il livello del rischio del controllo". Il giudizio in merito alla correttezza sostanziale del bilancio in capo al revisore legale comporta una sua attività preliminare volta al ridimensionamento del rischio di esprimere un giudizio positivo su un bilancio viziato da errori significativi (il c.d. rischio di revisione). La verifica preliminare del sistema di controllo interno risulta quindi essenziale al revisore per poter permettere un regolare e ordinato svolgimento del suo mandato limitando al massimo i suoi rischi professionali.

³⁶ Cfr. SALVIONI D. in *La gestione dei rischi regina della governance*, *Il Sole24ore* del 10/10/2011;

³⁷ Per una analisi completa della Comunicazione CONSOB DeM/9012559 del 6/2/2009 e del principio di revisione nazionale sulla continuità aziendale n. 570 si legga SOTTORIVA C., *Continuità aziendale e informativa nelle relazioni finanziarie per le società quotate e non quotate. Le innovazioni a partire dai bilanci 2008*, in *Le Società* 5/2009 pag. 644 ss.;

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

scambio di informazioni su tale aspetto con l'organo di governance e il collegio sindacale (ii).

Sotto il primo profilo è il revisore legale dei conti che, prima di ogni altro soggetto esterno all'impresa, dispone delle informazioni necessarie a valutare l'esistenza dei presupposti della continuità aziendale: la verifica del *going concern* in capo a tale organo inizia infatti in sede di pianificazione della procedura di revisione, cioè nella fase preliminare delle sue attività, quasi consistesse quest'ultima prima di tutto nell'accertamento dell'esistenza di tale requisito, in mancanza del quale l'organo della revisione avrà l'obbligo di comunicare agli amministratori e ai sindaci la situazione accertata³⁸.

Se sussistono significativi dubbi sulla prospettiva di continuità il principio di revisione n. 570 prevede l'applicazione di procedure più pregnanti³⁹ volte ad ottenere

³⁸ BAUER R, in *La nuova revisione legale nei sistemi di controllo societario*, Milano, 2011, che a pag. 338 specifica come il revisore, in caso di mancanza del requisito della continuità, "dovrà discutere con gli amministratori, esaminare i piani gestionali futuri e potrà richiedere documenti e notizie utili per procedere ad ispezioni, nonché scambiare tempestivamente con il collegio sindacale le informazioni rilevanti per l'espletamento dei propri compiti".

³⁹ Il Principio in commento evidenzia come, quando vengono identificati degli eventi o circostanze che possano far sorgere dei dubbi significativi sulla continuità aziendale dell'impresa, il revisore deve:

“(a) esaminare e valutare i piani d'azione futuri della direzione che si basano sulla valutazione della continuità aziendale effettuata dalla stessa;

(b) raccogliere elementi probativi sufficienti e appropriati per confermare o meno l'esistenza di una incertezza significativa, mediante lo svolgimento delle procedure di revisione ritenute necessarie, considerando anche l'effetto di eventuali piani della direzione o altri fattori attenuanti;

(c) ottenere elementi probativi sufficienti ed appropriati che confermino la fattibilità dei piani della direzione nonché valutare il fatto che la loro realizzazione porterà ad un miglioramento della situazione;

(d) stabilire se sono venuti alla luce ulteriori fatti o informazioni successivamente alla data in cui la direzione ha effettuato la propria valutazione;

(e) richiedere alla direzione delle attestazioni scritte relative ai piani d'azione futuri.

Gli eventi o le circostanze che possono far sorgere dei dubbi significativi riguardanti la continuità aziendale dell'impresa possono essere identificati sia nella fase di svolgimento delle procedure di valutazione del rischio sia durante l'intero svolgimento delle procedure di revisione conseguenti.

Il processo di valutazione degli eventi o delle circostanze prosegue durante lo svolgimento della revisione. Quando il revisore ritiene che tali eventi o circostanze possano far sorgere dei dubbi significativi sulla continuità aziendale dell'impresa, certe procedure di revisione possono acquistare maggiore rilevanza. Il revisore svolge indagini presso la direzione relativa ai piani

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

maggiori approfondimenti circa la capacità dell'azienda di operare in equilibrio economico-patrimoniale e finanziario.

Tale procedura prevede, tra l'altro, l'analisi dei flussi di cassa futuri, la redditività dei ricavi e in genere dei contratti e delle commesse più rilevanti, la verifica della capacità dell'impresa di evadere gli ordini dei clienti, l'analisi dei termini dei prestiti obbligazionari e dei finanziamenti per individuare eventuali ritardi e inadempienze, l'esistenza di sostegni finanziari provenienti da parti correlate o da terzi.

Tale obiettivo può efficacemente raggiungersi solo per tramite di un'intensa attività di verifica della corretta rilevazione dei fatti aziendali nelle scritture contabili e anche di contatti con la direzione della società e con i soggetti posti in posizione apicale per poter adeguatamente acquisire ogni informazione utile alla comprensione di tutti gli

d'azione futuri, quali i piani riguardanti l'alienazione di attività, la richiesta di prestiti o la ristrutturazione di debiti, la riduzione o il differimento delle spese e gli aumenti di capitale.

Le procedure di revisione rilevanti in queste circostanze possono consistere in quanto segue:

- analizzare e discutere con la direzione i cash flow, la redditività e altri dati revisionali pertinenti;
- esaminare e discutere con la direzione gli ultimi bilanci intermedi disponibili;
- analizzare i termini dei prestiti obbligazionari e dei finanziamenti per rilevare eventuali inadempienze;
- leggere i verbali delle assemblee degli azionisti, dei consigli di amministrazione, dei comitati esecutivi e degli organi responsabili delle attività di governance ed eventualmente di altri organi rilevanti al fine di constatare se vi siano riferimenti a difficoltà finanziarie;
- richiedere ai consulenti legali dell'impresa informazioni sull'esistenza di cause e altre pretese di terzi e sulla ragionevolezza della valutazione della direzione circa il loro esito e la stima dei relativi effetti economico-finanziari;
- confermare l'esistenza, la regolarità e la possibilità di rendere esecutivi accordi diretti a fornire o a mantenere un sostegno finanziario da parti correlate o da terzi e valutare la capacità finanziaria di dette parti di apportare ulteriori finanziamenti;
- valutare i piani dell'impresa per far fronte a ordini inevasi dei clienti;
- analizzare gli eventi verificatisi successivamente alla data di chiusura del bilancio per identificare quelli che mitigano o influenzano la capacità dell'impresa di mantenersi in funzionamento.

Quando l'analisi dei flussi di cassa rappresenta un fattore significativo nel considerare gli esiti futuri di eventi o circostanze, il revisore deve valutare :

- a) la attendibilità del sistema informativo dell'impresa che genera tali informazioni;
- b) se le assunzioni sottostanti alle previsioni sono adeguatamente supportate.

Il revisore deve inoltre mettere a confronto:

- a) le previsioni economico-finanziarie del periodo precedente con i risultati storici;
- b) le previsioni economiche-finanziarie per il periodo corrente con i risultati ottenuti fino al momento della verifica.”

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

eventi che possano avere un impatto significativo sui conti sociali. Sotto l'ulteriore profilo inerente lo scambio di informazioni risulta quindi di vitale importanza che il detentore di tali rilevanti elementi cognitivi riguardanti la continuità sia disponibile alla trasmissione di informazioni all'organo di vigilanza, non solo per assolvere al mero adempimento legale ma soprattutto per permettere l'attivazione di quegli strumenti di reazione che la legge attribuisce espressamente al collegio sindacale.

Appare di conseguenza evidente come sia posto a carico degli amministratori anche l'obbligo di attivare canali informativi efficienti e tempestivi, che permettano l'assunzione nel dettaglio degli elementi e dei dati riguardanti lo stato di salute della società, trasmessi dalla fonte informativa privilegiata in modo tale da risultare completi e idonei a permettere all'organo della vigilanza e agli amministratori l'assunzione di ogni necessario provvedimento solutivo.⁴⁰

Più in particolare occorre evidenziare, senza particolari remore, come l'attività di controllo sulla contabilizzazione dei fatti aziendali e la verifica della situazione economico, patrimoniale e finanziaria periodica abbia quale naturale conseguenza l'assunzione di un'informazione privilegiata in ordine all'esistenza (o meno) dell'equilibrio dei conti sociali ad una certa data e come dall'analisi prospettica dei conti previsionali possano desumersi le prospettive di riequilibrio.

Non v'è dubbio come l'obbligo previsto dall'art. 2381 c.c. (che al comma cinque prevede che *“gli organi delegati...riferiscono... almeno ogni sei mesi sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione”*) possa costituire l'occasione centrale della vita sociale per la verifica della sussistenza del requisito della

⁴⁰ Nella concretezza appare necessario evitare inutili e dispendiose duplicazioni di controlli su un tema così rilevante quale la sussistenza del presupposto della continuità dovendo la procedura in parola favorire l'accesso a tutti i documenti già ricevuti dal revisore legale dei conti. Nel caso infatti in cui gli amministratori abbiano predisposto appositi piani di risanamento idonei ad affrontare e risolvere la crisi occorre permettere l'accesso alle procedure di revisione adottate inerenti l'analisi di detti piani con i relativi giudizi sulla correttezza e regolarità. Ci si riferisce in particolar modo Documento ISA 3400 *“The examination of prospective financial information”*; vedi anche BAUER R, in *La nuova revisione legale nei sistemi di controllo societario*, Milano, 2011, che a pag. 347 specifica come *“se vengono analizzati i flussi di cassa, la redditività e le altre previsioni simili, bisogna anche accertare l'attendibilità del sistema che genera tali informazioni”*.

L'istituzione di una procedura informativa efficiente anche nell'ambito dei rapporti tra collegio sindacale e revisore legale eviterebbe l'insorgere di incomprensioni e ritardi nello scambio di informazioni e, soprattutto, la mera attribuzione unilaterale alla buona volontà di una parte della traduzione delle informazioni rilevanti.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

continuità aziendale non potendo essere delegato tale inestimabile accertamento alla sintesi annuale dei conti, soprattutto nelle società di una certa dimensione⁴¹.

Sotto il profilo dello scambio di informazioni appare evidente come solo da chi sia consapevolmente informato circa il funzionamento e il grado di efficienza del sistema amministrativo-contabile - per essere quest'area sotto il diretto controllo del revisore legale dei conti- possano giungere rilievi ed informazioni aggiornate sul suo stato di salute e sulla sua efficacia ed efficienza così da poter permettere all'organo della vigilanza generale, all'esito anche delle sue verifiche, di poter esprimere quel giudizio di congruità che la legge gli assegna sull'adeguatezza di questa particolare area aziendale.

La concreta possibilità di riempire di contenuto la responsabilità generale sulla vigilanza sugli assetti contabili-amministrativi può adeguatamente palesarsi unicamente accettando il criterio che si è fin qui tentato di individuare e cioè permettendo

⁴¹ A tal proposito sarebbe opportuno, a parere di chi scrive, prevedere l'espressione di un giudizio del revisore legale che accompagni la situazione dei conti semestrale che solitamente viene allegata alle informazioni rese dagli amministratori delegati ex art. 2381 cc nelle imprese dimensionate. Appare non congrua l'emersione di conti sociali infrannuali (pur sempre previsti da norme specifiche) che, seppur fuori della sede principale costituita dal bilancio finale, risultano privi del giudizio da parte del soggetto legalmente impegnato al controllo dei conti. In ordine all'esigenza che la continuità vada accertata in itinere si legga il contributo di SANDULLI M., I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi di impresa, in *Il Fallimento*, n. 9/2009; l'Autore evidenzia come "proprio per il contatto diretto che il revisore ha con i dati contabili, lo stesso potrebbe, anche prima degli amministratori, cogliere gli elementi che possono configurare lo stato di crisi". L'attività prevista oggi dall'art. 14 del D. lgs n. 39/2010 gli consente, infatti, "di avere dati aggregati dai quali sarà possibile rilevare, nel tempo, lo stato della società. Per vero, la dettagliata disciplina della relazione sul bilancio di esercizio, cui il revisore è tenuto, non deve far pensare a questo come l'unico momento di emersione della sua attività; infatti la verifica del presupposto della continuità aziendale inizia fin dalla fase di pianificazione dell'incarico ricevuto".

Per l'indagine circa gli ulteriori indici normativi richiedenti la produzione di rendiconti finanziari o situazioni economiche-patrimoniali, nell'ambito dei rafforzati doveri degli amministratori di monitorare attentamente la situazione economica della società non soltanto in sede di bilancio di esercizio, rinvio a ABRIANI N., in *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento* n. 4/2010. Anche nei numerosi casi richiamati dall'Autore non può sottacersi come la mancanza di un'esplicita previsione legale che imponga al revisore il rilascio di un giudizio sul rendiconto periodico richiesto da tali norme, non può far discendere una deresponsabilizzazione del revisore legale rispetto alla correttezza e regolarità delle situazioni economico-patrimoniali e finanziarie prodotte dagli amministratori in tali particolari occasioni.

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

l'assunzione degli esiti delle verifiche effettuate dall'organo propriamente dedicato al controllo dei conti il quale è il più attendibile detentore delle informazioni su tale ambito: è solo da chi ha il diretto contatto con i conti ed i rendiconti sociali che può pervenire una segnalazione che obblighi il collegio sindacale ad approfondire i controlli sui rilievi effettuati⁴².

E solo il revisore può tempestivamente rilevare aree di criticità con la competenza e professionalità che gli sono propri.

La revisione contabile, infatti, è prerogativa esclusiva dei revisori esterni e solo l'instaurarsi con questi ultimi di una corretta sinergia operativa, incentrata soprattutto sullo scambio di informazioni, può mettere il collegio sindacale al corrente di irregolarità gestorie emergenti dalla contabilità⁴³,

La scelta del legislatore muove evidentemente dalla logica della suddivisione per funzioni anche in tema di controllo legale dei conti nel quale l'attribuzione ad un soggetto diverso della responsabilità dell'area tecnico-contabile amministrativa, per la sua particolare complessità e ampiezza, doveva essere scissa e affidata a soggetto diverso dal collegio sindacale a causa della particolare complessità e ampiezza dei controlli su tale materia.

⁴² Per una disamina completa di tre indici regolamentari (Comunicazione CONSOB 20/2/1997, n. DAC/RM/97001574, Codice di Autodisciplina delle società quotate, ediz. 2011 su www.borsaitaliana.it e i principi di comportamento del collegio sindacale) tutt'ora applicabili alle società quotate, e tutti concordi nel configurare il Collegio sindacale quale riferimento di ultima istanza dei sistemi e degli impianti organizzativi, gestionali e contabili, soggetto sovraordinato al quale indirizzare ogni informazione ed elemento utile allo svolgimento del proprio ufficio si legga: IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; 163 ss..

⁴³ In caso contrario pare evidente a chi scrive che non potrà più evocarsi una responsabilità penale per omesso impedimento. Cfr. Trib. Milano n. 3028/2004, cit. In tal senso già MAGGIOLINI M. in *Articolo 2409septies- Scambio di informazioni*, in *Commentario alla Riforma delle Società*, diretta da P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Volume: *Collegio Sindacale Controllo contabile*, Giuffrè, 2005, Milano, ove l'Autore ritiene che "il revisore deve riferire al collegio sindacale i risultati delle procedure di conformità condotte sui sistemi contabili e di controllo interno. Questi dati, infatti, sono strumentali (per quanto non sufficienti) alla vigilanza che il collegio, sotto la propria ed esclusiva responsabilità, deve esercitare "sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e suo concreto funzionamento"; ancora lo stesso Autore precisa come "il mancato scambio di informazioni rilevanti costituisce fonte di responsabilità soltanto quando, ai sensi degli artt. 2407 e 2409-sexies: a) tale scambio sarebbe apparso, nel caso concreto, doveroso anche al diligente professionista medio del controllo (sull'amministrazione contabile); e b) contestualmente si accerti che, se quello scambio fosse avvenuto, si sarebbe impedito il sorgere, oppure l'aggravarsi dei danni arrecati".

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

In applicazione della regola che permea i sistemi complessi con competenze reciprocamente dipendenti diviene rilevante la correttezza e la qualità del flusso di informazioni proveniente dal soggetto direttamente occupato sulla funzione delegata al soggetto al quale incombe il controllo generale sul processo: senza il dettaglio informativo non potrà scattare l'allarme e incomberà di conseguenza sul soggetto che ha mancato in tale adempimento la responsabilità di un eventuale danno legato da eventuale nesso causale alla mancata informativa⁴⁴.

Sotto tale profilo appaiono validissime le conclusioni di un attento studioso della materia dei controlli⁴⁵ a margine di alcune pronunce della giurisprudenza risalenti⁴⁶, ma

⁴⁴ TOFFOLETTO A., *Le Società 2010*, Il D. Lgs n. 39/2010: la nuova disciplina della revisione legale, BEVILACQUA C. N. in *La disciplina della revisione legale dei conti negli enti di interesse pubblico*, pag. 31., in tema di direzione del flusso informativo dal revisore verso il collegio sindacale con riferimento agli enti di interesse pubblico ex artt. 17 e 19 d.lgs. n. 39/2010.

⁴⁵ VALENSISE P., in *La responsabilità delle società di revisione. Considerazioni dopo le prime pronunzie giurisprudenziali*. In *Giur. comm.* Anno XXIII-1996, 497 ss.: “data per assunta l'esistenza di una competenza concorrente, di società di revisione e Collegio sindacale, nel settore del controllo contabile, si può sostenere che mentre la prima svolge, nei termini che verranno esposti qui di seguito, il controllo in via ordinaria sulla regolare tenuta della contabilità, il secondo, pur mantenendo una più generale competenza contabile, può e deve avvalersi dei risultati del lavoro svolto dalla società di revisione. In questo modo il Collegio sindacale potrà concentrare la propria attenzione sul controllo della gestione sociale; per fare ciò si servirà tanto del controllo contabile condotto in maniera continuativa dalla società di revisione quanto, se del caso, procedendo per proprio conto alle (ulteriori) verifiche che ritenesse necessarie. ..omissis.. Il Collegio sindacale utilizza in via principale il lavoro delle società di revisione per adempiere ai propri ulteriori doveri di vigilanza sulla gestione societaria”.

In questo senso, come già evidenziato in altra parte di questo scritto, appare evidente nella sentenza del Tribunale di Torino come: “nel giudicare la correttezza e diligenza dell'attività di una società di revisione non basta (...) fare riferimento alla data di certificazione del bilancio, ma, (...) – occorre- allargare l'attività di controllo a tutto l'arco temporale dell'esercizio”.

La medesima pronuncia, in tema di autonomia dei controlli in itinere del revisore afferma decisamente come gli obblighi connessi al controllo della regolare tenuta della contabilità sono fonte autonoma di responsabilità, “la quale potrà farsi valere senza bisogno di attendere l'espletamento del controllo sul bilancio e sul conto dei profitti e delle perdite”. L'autonomia configurabilità di questa responsabilità “deriva dalla autonomia delle obbligazioni relative al controllo sulle scritture, il cui inadempimento produce effetti negativi nei confronti della società assoggetta a revisione, indipendentemente dalle modalità di adempimento della successiva obbligazione di controllo sul bilancio e sul conto dei profitti e delle perdite”.

⁴⁶ Ci si riferisce a Tribunale di Milano, 18 giugno 1992, in *Giur. It.*, 1993, p.I, sez. II, c.1 e ss, con nota di P. Montalenti; Tribunale di Torino, 18 settembre 1993, in *Le Società*, n.1/1994, pp. 87 e ss., con nota di F. Di Maio e Corte di Appello di Torino, 30 maggio 1995. Tali

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

alle quali occorre nuovamente riferirsi alla luce del recente riordino della disciplina della revisione legale che, in tema di scambio di informazioni, ha lasciato intatto il previgente sistema normativo.

Sotto tale profilo la mancanza di un obbligo di tenuta di apposito libro nel quale il revisore debba documentare l'attività svolta potrebbe determinare un arretramento rispetto al precedente sistema nel quale tale adempimento era imposto dall'art. 2409^{ter} c.c. .

La tenuta del libro in capo al revisore legale comportava indubbiamente un onere di completezza e precisione del lavoro di revisione svolto nel trimestre di riferimento, certamente avuto riguardo alla particolare valenza legale che le verbalizzazioni ivi riportate assumevano, ma che poteva rilevare anche sotto il profilo dell'utilizzo che di dette verbalizzazioni poteva farsi per riempire di contenuto l'obbligo informativo richiesto dal tutt'ora vigente art. 2409^{septies} cc⁴⁷.

4. Conclusioni

L'agire diligente affermato dall'art. 2407 c.c. costituisce il parametro per l'accertamento della correttezza del comportamento del collegio sindacale rispetto all'obbligo di vigilanza legale previsto dall'art. 2403 c.c.

In questo contesto, centrale è divenuto il momento informativo: "l'acquisizione delle informazioni necessarie all'espletamento delle funzioni di controllo non è oggetto di una mera facoltà discrezionale, ma è attività doverosa o, come taluno ha acutamente ha detto, è potere ad esercizio doveroso, perché funzionale al diligente esercizio dell'attività di vigilanza"⁴⁸.

provvedimenti addebitano alla società di revisione una responsabilità per omessa comunicazione al collegio sindacale di fatti ritenuti censurabili di cui essi siano venuti a conoscenza nella esecuzione continuativa degli obblighi di controllo.

⁴⁷ IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; 276 ss che evidenzia come "il flusso informativo che muove dal soggetto esercente il controllo contabile e va verso i sindaci è in chiara posizione di strumentalità -tra l'altro - con l'obbligo di vigilanza dei sindaci sugli assetti di carattere contabile"; anche MAGNANI P. *La disciplina delle società quotate nel T.U. della Finanza d. lgs. 24.2.1998 n.58*, in *Commentario* a cura di P. G. Marchetti e L. A. Bianchi, Tomo II, da art. 136 a 212, Giuffrè, Milano, 1999., che in tema di società quotate rileva come "al collegio sindacale non fosse vietato consultare il libro degli accertamenti e dei pareri della società di revisione, richiedendo a quest'ultima informazioni e notizie, anche di carattere riservato".

⁴⁸ Tribunale di Napoli, Sez. VII, del 28 gennaio 2009, pubblicata in *Le Società* 11/2009 con nota di AMBROSINI R..

Il tribunale afferma che in condizioni di normalità l'obbligo di cui all'art. 2403 c.c. "non impone ai sindaci una vigilanza analitica e dettagliata sui singoli fatti gestori che richiederebbe, almeno

STUDI E OPINIONI

COLLEGIO SINDACALE: OBBLIGHI INFORMATIVI VERSO IL REVISORE LEGALE

In questo senso non potrà essere ascritta ai sindaci una responsabilità ove, richieste le necessarie informazioni ai soggetti obbligati (amministratori, comitato per il controllo interno, revisori, ecc.) le stesse non siano state fornite o siano state fornite in maniera rivelatasi successivamente, in un giudizio *ex post*, insufficiente o inadeguata, non potendosi affermare che il dovere concorrente di vigilanza sulla medesima materia avrebbe potuto colmare la lacuna informativa a causa del diverso atteggiarsi del controllo legale dei conti che, per sua natura, attinge alla materia contabile in via mediata, per tramite del controllo diretto e delle relative informazioni provenienti dal revisore legale.

Ove i sindaci abbiano posto in essere le usuali operazioni di controllo e vigilanza sulla gestione della società, ponendo in essere le verifiche inerenti sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento attraverso il riscontro dell'efficienza di tale sistema a registrare correttamente i fatti aziendali nella contabilità sociale, giungendo a tale conclusione anche per tramite le informazioni assunte dall'organo deputato per legge ai controlli contabili, si deve escludere la responsabilità dei sindaci in caso di un'emersione successiva di irregolarità dannose⁴⁹. E ciò proprio perché i due organi in commento possiedono accessi di diversa natura ed intensità alle rispettive fonti informative, traendo notizie delle irregolarità per lo più i sindaci dalle delibere consiliari e i revisori dai documenti contabili la indiscutibile vicinanza ai quali offre loro una innegabile capacità di riscontro tempestivo in tema di operazioni fraudolente, consentendogli una maggiore probabilità di individuazione delle stesse rispetto a quanto può emergere dalle decisioni assunte in sede di adunanze sociali, proprio in considerazione della natura dolosa di tali comportamenti⁵⁰.

Il vuoto normativo oggi lasciato dal recente decreto sulla revisione su tale particolare e delicato aspetto, a meno di nuovi interventi sul tema, dovrà essere colmato, in via sussidiaria, da una intelligente opera a cura degli attori presenti sullo scenario dei controlli societari, mediante l'introduzione di procedure regolamentate veramente idonee a favorire flussi informativi completi e tempestivi, necessari all'individuazione preventiva dei rischi.

nelle società di maggiori dimensioni, tempi impraticabili ed un grado di applicazione inesigibile.”

⁴⁹ Tribunale di Milano, sez VIII, 13/11/2006 in *Le Società*, 2008, 79, con nota di N. Brutti.

⁵⁰ E' un fatto che la stragrande maggioranza delle azioni di responsabilità ad amministratori e sindaci e i procedimenti penali per bancarotta a carico anche degli organi di controllo abbiano alla base riscontri effettuati *ex post* dai curatori fallimentari sulla documentazione contabile, amministrativa e bancaria e sui bilanci.

LA RESPONSABILITÀ DEL VETTORE AEREO NELLA CONVENZIONE DI MONTREAL (Corte d'Appello di Torino, 4 luglio 2011)

Un'interessante sentenza della Corte d'Appello di Torino ha precisato il concetto di "evento" ed il problema dell'onere della prova nell'ambito della Convenzione di Montreal, basandosi su recenti pronunce straniere.

di LUCA MASTROMATTEO E ALESSANDRO BOVIO

Il commento che segue trae spunto da un'interessante pronuncia con cui la Corte d'Appello di Torino ha interpretato la Convenzione di Montreal in tema di Trasporto internazionale di persone; nel far ciò, il Giudice nazionale ha fatto espresso riferimento alla giurisprudenza delle Corti straniere che già avevano avuto modo di interpretare la Convenzione di Montreal.

Attraverso un ragionamento, che sostanzialmente accoglie quanto già affermato dalla giurisprudenza britannica, la Corte d'Appello di Torino ha interpretato il termine "accident" non già nel suo significato letterale utilizzato nella traduzione italiana, e non ufficiale, della Convenzione ("evento"), ma come un fatto esterno, inusuale ed inaspettato per il passeggero. In particolare, nel caso di caduta, ciò che rileva non è il fatto storico rappresentato dalla circostanza della caduta, quanto piuttosto la causa della stessa: solo se tale causa è esterna alla sfera di influenza del passeggero siamo in presenza di un *accident* secondo l'accezione della Convenzione di Montreal.

Il caso ha tratto origine da un incidente verificatosi a un cittadino italiano, il quale, scendendo dalla scaletta dell'aereo - appena atterrato in una nota località spagnola - era scivolato riportando gravi contusioni.

1. Il passeggero, ritenendo che la caduta fosse stata causata da scivolosità della scaletta adibita allo sbarco dei passeggeri e che di tale situazione fosse responsabile la compagnia aerea ai sensi dell'art. 21 comma 1 della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, ratificata dalla L. 10 gennaio 2004 n.12, ha dato corso ad un'azione giudiziaria nei confronti della compagnia stessa per ottenere il risarcimento dei danni lamentati. **La questione**

COMMENTI A SENTENZE

RESPONSABILITÀ DEL VETTORE

La “*Convenzione per l’unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale*” è stata firmata a Montreal il 28 maggio 1999, ratificata in Italia con L. 10 gennaio 2004, entrata in vigore in data 28 giugno 2004 (la “**Convenzione**”).

L’articolo 17 della Convenzione afferma che il vettore è responsabile del danno derivante dalla morte o dalla lesione personale del passeggero per il fatto stesso che l’“*evento*” (esterno, inusuale ed inaspettato per il passeggero) si sia prodotto a bordo dell’aeromobile, ovvero nel corso di una qualsiasi delle operazioni di imbarco o sbarco. Tuttavia, l’articolo 20 della medesima Convenzione prevede un esonero totale o parziale della responsabilità del vettore qualora l’evento si sia verificato per fatto imputabile al passeggero, ossia nel caso in cui “*la persona che chiede il risarcimento o il suo avente causa ha provocato il danno o vi ha contribuito per negligenza, atto illecito od omissione*”.

In altre parole, la Convenzione assoggetta a responsabilità il vettore solo per gli eventi (*accident*) che siano riconducibili a malfunzionamenti o anomalie accidentali nell’esecuzione del trasporto, mentre – sempre a mente della Convenzione - sussiste in capo al passeggero un onere di cooperazione con il vettore particolarmente intenso durante tutto lo svolgimento del viaggio.

La questione si sposta, allora, sul regolamento dell’onere della prova: in altri termini, la domanda che occorre porsi (e che la Corte torinese ha affrontato) riguarda l’individuazione del soggetto gravato dell’onere di provare l’esistenza di un *accident* idoneo a far sorgere la responsabilità del vettore.

Sul tema dell’onere della prova, la Convenzione – art. 21 primo paragrafo - prevede che il vettore non possa escludere la propria responsabilità per i danni che non eccedono i 100.000 diritti speciali di prelievo. Viceversa, per i danni eccedenti i 100.000 diritti speciali di prelievo, il vettore potrà evitare la propria responsabilità dimostrando che (i) il danno non è dovuto a negligenza, atto illecito o omissione propria o dei propri dipendenti o incaricati; ovvero (ii) il danno è dovuto esclusivamente a negligenza, atto illecito o omissione di terzi.

Tale regolamento dell’onere della prova attiene alla responsabilità del vettore; tuttavia, occorre precisare che tale regolamento si applica sul presupposto che sia stata fornita positivamente la prova della esistenza di un *accident* nell’accezione di cui alla Convenzione.

Tale prova deve in ogni caso essere fornita dal passeggero danneggiato, dal momento che la qualifica di “*accident*” è presupposto per l’applicabilità del regime previsto dalla Convenzione e, come tale, da provare secondo le ordinarie regole del riparto dell’onere della prova.

La prova che si tratta effettivamente di un “*accident*” graverà quindi su chi vuole far valere in giudizio i diritti derivanti da tale “*accident*” ossia, nel caso di specie, su parte attrice.

COMMENTI A SENTENZE

RESPONSABILITÀ DEL VETTORE

Premessa così la tematica oggetto della pronuncia, pare opportuno esaminarne in dettaglio le motivazioni.

2. Il primo grado

Con atto di citazione il passeggero danneggiato ha convenuto innanzi al Tribunale di Torino la compagnia aerea, nella sua qualità di vettore, per ottenere il risarcimento dei danni lamentati.

Al termine del primo grado di giudizio il Tribunale ha, tuttavia, negato che il vettore fosse tenuto a risarcire alcunché, avendo qualificato il sinistro come una “*mera caduta*”. Il Tribunale ha infatti affermato che, non essendo stata fornita la prova da parte del danneggiato dell'intervento improvviso ed inaspettato di fattori esterni che abbiano determinato la caduta dell'attore, questa deve essere ritenuta una “*mera caduta*” e non un vero e proprio “*accident*”, e come tale da provarsi secondo il consueto riparto dell'onere.

Il giudice di prime cure ha ritenuto che l'esonero di responsabilità del vettore, previsto dall'art. 20 della Convenzione presuppone la prova del verificarsi di un “*accident*”. Tale prova deve essere fornita dal passeggero in quanto il particolare regime di cui agli artt. 20 e 21 riguarda il diverso profilo dell'esclusione o della limitazione della responsabilità del vettore, mentre per quel che riguarda la prova “*accident*” valgono le regole generali sull'onere probatorio, per cui resta a carico di chi vuole far valere in giudizio i diritti risarcitori derivanti dal sinistro.

A sostegno di tale interpretazione, pare interessante sottolineare che il Giudice di primo grado ha ritenuto corretta l'interpretazione della Oxford County Court 12 – 13, del 27 febbraio 2008, che in un caso simile aveva considerato che l'onere della prova della natura esterna al passeggero dell'evento (e quindi della natura di “*accident*”) grava sulla parte che agisce per il risarcimento del danno.

3. La decisione della Corte d'Appello

Con sentenza resa in data 4 luglio 2011, la Corte d'Appello di Torino ha rigettato l'appello del passeggero danneggiato, sulla base dei motivi che si riportano brevemente.

Alla luce della Convenzione di Montreal, recepita all'interno dell'Unione Europea con il Regolamento Cons. CE 2027/97 del 9 ottobre 1997 sulla responsabilità del vettore aereo con riferimento al trasporto di passeggeri e dei loro bagagli, nel testo consolidato con le modifiche apportate dal Regolamento CE n. 889/02 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 maggio 2002, per il quale la “Responsabilità di un vettore aereo comunitario in relazione ai passeggeri ed ai loro bagagli è disciplinata dalle pertinenti disposizioni della Convenzione di Montreal”. In base all'art. 17, infatti “*il vettore è responsabile del danno derivante dalla morte o dalla lesione personale subita dal passeggero per il fatto stesso che l'evento che ha causato la morte o la*

COMMENTI A SENTENZE

RESPONSABILITÀ DEL VETTORE

lesione si è prodotto a bordo dell'aeromobile o nel corso di una qualsiasi delle operazioni di imbarco o sbarco". Tale formulazione indurrebbe a pensare - ha affermato la Corte - che la Convenzione abbia posto a carico del vettore aereo una responsabilità di tipo oggettivo, consistente nel semplice fatto che l'evento lesivo si sia verificato a bordo dell'aeromobile o durante le operazioni di imbarco o di sbarco.

In realtà - prosegue la Corte - la Convenzione stessa prevede, all'art. 20, un'ipotesi di esonero totale o parziale di responsabilità: "*il vettore, qualora dimostri che la persona che chiede il risarcimento o il suo avente causa ha provocato il danno o vi ha contribuito per negligenza, atto illecito od omissione, è esonerato in tutto o in parte dalle proprie responsabilità nei confronti dell'istante, nella misura in cui la negligenza o l'atto illecito o l'omissione ha provocato il danno o vi ha contribuito [...]. Questo articolo si applica a tutte le norme in tema di responsabilità contenute nella presente Convenzione, compreso l'articolo 21, paragrafo 1*".

Quest'ultima disposizione prevede che: "*Risarcimento in caso di morte o lesione del passeggero. 1. Per i danni di cui all'art. 17, paragrafo 1, che non eccedano i 100.000 diritti speciali di prelievo per passeggero, il vettore non può escludere né limitare la propria responsabilità. 2. Il vettore non risponde dei danni di cui all'art. 17, paragrafo 1 che eccedano i 100.000 diritti speciali di prelievo per passeggero qualora dimostri che:*

a) *il danno non è dovuto a negligenza, atto illecito o omissione propria o dei propri dipendenti o incaricati,*

oppure che

b) *il danno è dovuto esclusivamente a negligenza, atto illecito o omissione di terzi*".

La circostanza per cui l'ultimo comma dell'art. 20 prevede l'applicabilità della condizione di esonero a tutte le fattispecie di responsabilità contenute nella Convenzione, richiamando espressamente "*l'articolo 21, paragrafo 1*" fa ritenere che il vettore è comunque ammesso a provare a propria discolpa che il danno è dipeso dal fatto del danneggiato, anche nell'ipotesi di cui si controverta di un risarcimento inferiore ai 100.000 diritti speciali di prelievo (che, ad oggi, ammontano a circa 110.000 euro). In tal caso non è ammissibile un'esclusione o una limitazione di responsabilità in via pattizia.

Per contro, qualora il risarcimento sia richiesto per un importo superiore a quest'ultima somma (ma la Corte ha trattato tale argomento - non determinante ai fini della decisione in oggetto - in via di mero *obiter dictum*) può escludersi la responsabilità del vettore solo se questa fornirà la prova della non riferibilità dell'evento lesivo alla propria sfera di attività ed organizzazione ovvero della sua riferibilità al fatto del terzo.

Per interpretare correttamente la disciplina convenzionale internazionale, la Corte ha richiamato l'art. 31 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969,

COMMENTI A SENTENZE

RESPONSABILITÀ DEL VETTORE

ratificata in Italia con legge del 12 febbraio 1974, n. 112. La Corte ha inoltre richiamato il principio per cui le convenzioni internazionali devono essere lette non alla luce dei corrispondenti istituti giuridici interni, ma secondo parametri loro propri, connessi con l'evoluzione storica della singola materia, secondo gli scopi e le prassi interpretative instaurate tra le parti, nonché seguendo gli orientamenti giurisprudenziali costanti evidenziabili in materia presso le Corti degli Stati aderenti.

Si tratta di regole che mirano a superare le differenti interpretazioni fornite dai giudici dei singoli Stati, nonché a preconstituire un'interpretazione internazionale uniforme della disciplina comune.

Nel caso sottoposto al suo giudizio, la Corte d'Appello di Torino ha ritenuto che la corretta interpretazione degli artt. 17, 20 e 21 della Convenzione di Montreal ruoti intorno all'esatto significato da attribuire alla parola "evento", traduzione italiana non ufficiale del termine francese ed inglese (lingue ufficiali) "accident", avvalendosi dell'interpretazione del termine "accident" resa da pronunce straniere.

Sulla portata di tale termine la Corte ha richiamato la consistente casistica giurisprudenziale internazionale, tra cui la sentenza del 18 dicembre 2008 della Royal Court of Justice del Regno Unito nella causa *Barclay vs British Airways*, che ha confermato la sopra citata sentenza della Oxford County Court, resa il 27 febbraio 2008, dalla quale non ha ritenuto di discostarsi.

Il precedente citato dalla Corte d'Appello di Torino è apparso particolarmente rilevante nel caso di specie poiché reso in un caso di lesione personale seguita alla "caduta" di un passeggero nel corridoio interno dell'aeromobile, con l'urto traumatico del ginocchio contro il bracciolo del sedile.

Le Corti britanniche si sono a loro volta richiamate ad un orientamento consolidato in materia¹, formatosi già nella vigenza della precedente Convenzione di Varsavia, che in merito all'articolo 17 affermava che "*the carrier is liable for damage sustained in the event of death or wounding of a passenger or any other bodily injury suffered by passenger, if the accident which caused the damage so sustained took place on board of the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking*".

Tale orientamento esclude che possa considerarsi "accident" qualsivoglia evento lesivo verificatosi all'interno dell'aeromobile o nelle operazioni di imbarco/sbarco, con la conseguente responsabilità risarcitoria del vettore². Non può quindi considerarsi

¹ A tal riguardo US Supreme Court *Air France vs Saks*, 4 Marzo 1985, in *Justia.com*. nella quale la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha escluso la sussistenza di un "accident" in un caso di sordità permanente monauricolare riportata da una passeggera durante il volo in condizioni di normale pressurizzazione dell'aeromobile.

² Nella pronuncia della *High Court of Justice of Australia*, *Povey vs Qantas Airways*, 2005 HCA 33, del 23 giugno 2005, è stata esclusa la responsabilità del vettore per l'aver un passeggero riportato lesioni (DVT: "deep vein thrombosis") conseguenti alla protratta

COMMENTI A SENTENZE

RESPONSABILITÀ DEL VETTORE

applicabile il particolare regime probatorio previsto dagli artt. 17, 20 e 21 a tali tipologie di eventi.

Nella casistica giurisprudenziale richiamata dalla decisione della Corte torinese si rimarca come la fattispecie riconducibile ad un “*accident*” ai sensi della Convenzione (che è il presupposto per la presunzione di responsabilità del vettore aereo) sia individuabile in “*un accadimento esterno al passeggero avente carattere di imprevedibilità e di anomalai rispetto all’ordinario*”³

Solo in presenza di un evento di questo tipo (cioè effettivamente “esterno” al passeggero e, quindi, definibile come “*accident*”) opera il regime di presunzione di responsabilità di cui agli artt. 17, 20 e 21 della Convenzione di Montreal.

In particolare, il carattere “esterno” dell’*accadimento* si risolve nella indipendenza causale dell’*accadimento* stesso rispetto a qualsiasi azione compiuta od omessa dal passeggero.

L’interpretazione uniforme accolta dalla Corte d’Appello di Torino, rappresenta – anche alla luce della disciplina in materia e gli scopi perseguiti dalla norma – un punto di equilibrio tra il rigore a carico del vettore aereo, derivante dalle disposizioni degli artt. 17, 20 e 21, e la posizione di vantaggio a lui riconosciuta mediante la subordinazione di tale responsabilità alla sussistenza di un “*accident*” con le suddette caratteristiche di estraneità al passeggero.

Tale interpretazione si accredita anche sulla base del dato letterale. Infatti, l’art. 18.1⁴ della medesima Convenzione, che disciplina la diversa fattispecie della responsabilità del vettore aereo per il danneggiamento del bagaglio (cargo), utilizza non il termine di “*accident*” bensì quello di “*event*”. In questo modo il testo della Convenzione letto nel suo significato complessivo permette di attribuire al fatto lesivo “*accident*” potenzialmente riconducibile anche all’azione od omissione personale del passeggero, un significato diverso e qualificato rispetto a quello attribuito al fatto lesivo di danneggiamento (“*event which caused the damage*”) del bagaglio, in ordine al quale non potrebbe concepirsi – con riguardo non ad una persona bensì ad una cosa - una relazione che non fosse “*esterna*” e “*indipendente*” ad esso.

Premessa la esatta portata del termine “*accident*” la Corte ha poi affermato che nel caso in questione non solo la caduta del passeggero non è risultata essere dipesa da un *accadimento* del tutto estraneo ed indipendente dal suo comportamento e dalla sua sfera di azione e di controllo, ma ha anzi ritenuto sussistessero elementi contrari.

assunzione da parte del passeggero, durante i lunghi viaggi, di una stessa postura costretta dagli spazi angusti dei sedili.

³ Trib. Busto Arsizio, 24 marzo 2009, in *dir. Trasporti*, 2010, 2, 453.

⁴ L’articolo in questione recita: “*the carrier is liable for damage sustained in the event of destruction or loss of, or damage to, cargo upon condition only that “event” which caused the damage so sustained took place during the carriage by air*”.

COMMENTI A SENTENZE

RESPONSABILITÀ DEL VETTORE

Infatti, la Corte ha specificato che per ritenere sussistente una responsabilità in capo al vettore aereo non basta avere riguardo alla caduta in sé e per sé considerata (che determinerebbe una oggettivazione assoluta di tale responsabilità), bensì occorre avere riguardo alla sua causa.

Tale precisazione è particolarmente rilevante poiché mentre una caduta in sé costituisce un *evento della vita* immancabilmente riconducibile alla persona del danneggiato e, dunque, a quest'ultima sempre *interno*, non potrebbe dirsi lo stesso per un diverso *evento* che va invece individuato in ciò che abbia determinato la caduta.

Nella già citata pronuncia *Barclay vs British Airways* si è escluso che il semplice scivolamento potesse concretare un evento esterno al danneggiato. Nella pronuncia infatti si legge: “*This is, in effect, a case of “mere fall”, and (...) the preponderance of opinion in the foreign case law, that a mere fall is not even an event external to the claimant for the purposes of determining whether there was an accident within the relevant meaning of the word*”.

La Corte ha pertanto affermato di condividere l'interpretazione per cui la “*mera caduta*” non può essere di per sé presupposto della responsabilità *oggettiva* del vettore almeno finché non risulti che sia stata determinata da un fattore (ed è questo l'*accident* rilevante ai fini della Convenzione) esterno, inusuale ed inaspettato.

Infatti, facendo gravare sul danneggiato l'onere di provare la causa *esterna* (e quindi che si tratta di *accident*), si invertirebbe l'onere probatorio che la Convenzione di Montreal pone, a norma dell'art. 17, 20 e 21, a carico del vettore che voglia andare esente da responsabilità.

Va peraltro considerato che il comportamento tenuto dal danneggiato rappresenta sempre un elemento imprescindibile di valutazione, pur in presenza di un fattore causale di origine *esterna* alla sua persona: il vettore potrà quindi fornire in ogni caso la prova di fatti del danneggiato stesso che abbiano influito causalmente sulla produzione dell'evento – facendo così scemare la propria responsabilità.

È questo il caso – ha affermato la Corte – in cui il passeggero non abbia osservato con la dovuta diligenza le prescrizioni impartite dal vettore in presenza di un pericolo *esterno* ovvero di un'evidente anomalia del servizio. In questi casi si ricadrebbe nella situazione di un *accident* esterno, inusuale ed inaspettato, tuttavia il vettore potrebbe comunque andare esente da responsabilità dimostrando (con onere probatorio – quindi – a suo carico, come prevede la Convenzione) una colpa in capo al passeggero per non aver fronteggiato la situazione in modo adeguato, così da evitare il danno.

Nel caso di specie, la Corte ha però ritenuto, a monte, che l'evento in questione fosse da ricondurre nell'ipotesi di “*mera caduta*”, escludendo in radice la riferibilità della caduta del passeggero ad un evento esterno avente i caratteri normativi dell’*“accident”*. Infatti nella fattispecie in questione non risulta che la caduta del passeggero sia stata in alcun modo determinata da fattori esterni al suo comportamento

COMMENTI A SENTENZE

RESPONSABILITÀ DEL VETTORE

al punto da poter invocare una responsabilità “oggettiva” del vettore, ma questa dovrà essere provata secondo le consuete ripartizioni dell’onere della prova.

Per tali ragioni, la Corte d’Appello di Torino ha confermato la sentenza appellata, poiché nel caso di specie non è stata riscontrato alcun elemento che abbia portato ad attribuire la caduta ad un fattore addebitabile al vettore in base alla Convenzione di Montreal.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

L. 24 marzo 2012, n. 27 – La L. di conversione del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, ha, tra le altre disposizioni:

- modificato la disciplina della società a responsabilità limitata semplificata introdotta dal c.d. Decreto liberalizzazioni all'art. 2463 *bis* c.c. (vds. n. 4/2012 di questa *Rivista*). In particolare, sono stati eliminati l'esclusione di diritto dei soci al compimento del trentacinquesimo anno di età e l'obbligo di trasformazione della società allorché tutti i soci abbiano superato il predetto limite. Inoltre, si è stabilita la nullità della cessione di quote a favore di soggetti privi di tale requisito di età. Infine, accanto ad ulteriori precisazioni concernenti l'atto costitutivo, è stato individuato in € 10.000 l'importo massimo del capitale sociale;
- ampliato le competenze delle sezioni specializzate in materia di impresa, estendendole, tra l'altro, *“alle controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea”* e alle cause e procedimenti concernenti le azioni di responsabilità contro *“i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati”*.

La Legge 24 marzo 2012, n. 27, è stata pubblicata in pari data sulla *Gazzetta ufficiale*, n. 71, entrando in vigore il 25 marzo 2012.

Curatore fallimentare – È entrato in vigore il DM 25 gennaio 2012, n. 30, concernente *“l'adeguamento dei compensi spettanti ai curatori fallimentari e la determinazione dei compensi nelle procedure di concordato preventivo”*.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Il Decreto, pubblicato in *Gazzetta ufficiale* del 26 marzo 2012, n. 72, è reperibile sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

Conti annuali delle microentità – È stata pubblicata la Direttiva 2012/6/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, “*che modifica la Direttiva 78/660/CEE del Consiglio relativa ai conti annuali di taluni tipi di società per quanto riguarda le microentità*”, ossia “*le società con criteri dimensionali inferiori, rispetto a quelli previsti per le microimprese, per quanto riguarda il totale dello stato patrimoniale e l'importo netto del volume di affari*”, rispettivamente quantificati all'art. 1 della Direttiva 2012/6/UE in € 350.000 ed in € 700.000, congiuntamente al terzo parametro, rappresentato da un numero di dipendenti mediamente occupati nel corso dell'esercizio non maggiore di 10 unità. Le imprese che non superano due di tali criteri potranno essere esonerate dagli Stati membri da alcuni obblighi relativi alla redazione dei conti annuali.

La Direttiva 2012/6/UE, del 14 marzo 2012, stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 21 marzo 2012, L 81.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

CNDCEC

Società di servizi ed incompatibilità del professionista – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha rivisto le *Note interpretative* riguardanti la disciplina delle incompatibilità di cui all'art. 4 del D. Lgs. 28 giugno 2005, n. 139, in particolare in merito alla presenza del requisito di strumentalità/ausiliarità all'esercizio della professione dell'attività svolta dalla società di servizi cui partecipi il professionista.

La versione aggiornata delle *Note* è reperibile sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

CONSOB

Modifiche al Regolamento emittenti ed al Regolamento mercati– La Consob ha diffuso per la consultazione alcune proposte di modifica alle previsioni del Regolamento emittenti e del Regolamento Mercati, tra cui le norme in tema di offerte pubbliche, diritti dei soci ed obblighi informativi.

Il documento, in consultazione sino al 23 aprile 2012, è integralmente disponibile sul sito: www.consob.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

GIURISPRUDENZA

Concordato preventivo e procedure esecutive pendenti – Il Tribunale di Pesaro ha precisato che *“il deposito della domanda di concordato incide, ex art. 168 L.F., sulla possibilità di procedere agli ulteriori atti di esecuzione successivi al deposito della stessa”*, con sospensione delle eventuali procedure esecutive pendenti a tale data sino al giudizio di omologazione, non sussistendo alcuna norma che autorizzi *“la declaratoria di improseguibilità accompagnata dall’ordine di svincolo delle pignorate”*, come preteso, nel caso di specie, dal debitore esecutato reclamante.

Il decreto del Tribunale di Pesaro, 16 marzo 2012, è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Nozione di amministratore di fatto – La Suprema Corte ha circostanziato la nozione di amministratore di fatto, in relazione all’ascrivibilità a questi del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione.

La Cassazione, invero, ha ribadito che il dettato dell’art. 2639 c.c. *“postula l’esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione. Nondimeno, “significatività” e “continuità” non comportano necessariamente l’esercizio di “tutti” i poteri propri dell’organo di gestione, ma richiedono l’esercizio di un’ apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale”*.

Corte di Cassazione, 27 marzo 2012, n. 11641.

Amministratore di diritto e bancarotta fraudolenta – La Suprema Corte ha sottolineato la distinzione che intercorre, sotto il profilo soggettivo, tra i reati di bancarotta fraudolenta documentale e per distrazione in capo all’amministratore di diritto, qualora questi non *“non sia anche quello effettivo ma risulti affiancato dalla figura dell’amministratore di fatto, eventualmente con esautorazione dei poteri del primo”*.

Nel primo caso, *“ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell’amministrazione dell’impresa fallita (cosiddetto “testa di legno”), atteso il diretto e personale obbligo dell’amministratore di diritto di tenere e conservare”* le scritture contabili; viceversa, nella seconda fattispecie delittuosa, *“la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall’amministratore di fatto”*.

Corte di Cassazione, 27 marzo 2012, n. 11649.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Decreto Semplificazioni fiscali

Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 52 del 2 marzo scorso, il D.L. n. 16/2012 - in vigore dalla stessa data - contiene importanti disposizioni sulla semplificazione di alcuni adempimenti tributari. Si tratta dell'ulteriore tassello dell'opera di riforma e semplificazione dei rapporti tra Stato e cittadini, intrapresa dal Governo, che finora ha toccato, in ordine cronologico, le liberalizzazioni e la spinta alla concorrenza (D.L. n. 1/2012) e le semplificazioni amministrative (D.L. n. 5/2012). Adesso è la volta delle semplificazioni fiscali.

(D.L. 2 marzo 2012, n. 16, Gazz. Uff. n. 52 del 2 marzo 2012 Serie Generale)

Beni in godimento ai soci - comunicazione al 15 ottobre 2012

L'Agenzia delle Entrate ha prorogato al 15 ottobre 2012 il termine (già fissato al prossimo 31 marzo) per la comunicazione dei dati relativi ai beni dell'impresa concessi in godimento a soci o familiari.

(Provvedimento Agenzia delle Entrate 13/03/2012)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Reverse Charge – Nuove regole

La Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro delinea il quadro delle imminenti modifiche portate dalla legge n. 217/2011 alla normativa IVA relative alle operazioni con l'estero in materia di servizi. Dal 17 marzo sono in vigore le modifiche introdotte dalla Comunitaria 2010 riferite alla disciplina IVA relativa agli acquisti di servizi forniti da soggetti non residenti. Le nuove disposizioni incidono sull'individuazione del momento di effettuazione dell'operazione e sui conseguenti adempimenti contabili e fiscali del soggetto passivo IVA nazionale che riceve il servizio. Ciò che invece non cambia è il criterio che individua il soggetto debitore dell'IVA: infatti, per le prestazioni di servizi effettuate da soggetti non residenti continua ad applicarsi il reverse charge.

(Parere Fondazione studi consulenti lavoro 08/03/2012, n. 7)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Proroghe - definizione liti pendenti

È possibile definire le liti fiscali di valore non superiore a 20.000 euro in cui è parte l'Agenzia delle Entrate, pendenti alla data del 31 dicembre 2011 dinanzi alle commissioni tributarie o al giudice ordinario in ogni grado del giudizio e anche a seguito di rinvio.

Il perfezionamento avviene a domanda del soggetto che ha proposto l'atto introduttivo del giudizio, con il pagamento delle somme determinate con le precedenti regole, il tutto entro il prossimo 2 aprile (il termine originario è stato fissato al 31 marzo ma slitta in quanto cade di sabato).

(Circolare Agenzia delle Entrate 15/03/2012, n. 7/E)

Mediazione tributaria – Chiarimenti

L'Agenzia delle Entrate affronta diversi temi connessi alla mediazione tributaria, fra cui l'ambito di applicazione del nuovo istituto, l'istanza di mediazione, gli effetti della presentazione dell'istanza, la sospensione della riscossione, la trattazione dell'istanza, l'accordo di mediazione, il perfezionamento della mediazione, il diniego all'istanza, la notifica degli atti del procedimento di mediazione e l'instaurazione del giudizio.

(Circ. n. 9/E del 19 marzo 2012)

Iva - Cessione rottami

Il debitore dell'imposta è da individuarsi in ogni caso nel cessionario, ove soggetto passivo ai fini IVA, anche se non avente né sede né stabile organizzazione in Italia, indipendentemente dal fatto che il soggetto passivo cedente abbia la sede o la stabile organizzazione in Italia e dal fatto che tale ultimo soggetto sia identificato ai fini IVA in Italia. Per assolvere il predetto obbligo, dunque, il cessionario - in assenza di sede o di stabile organizzazione nel territorio dello Stato - dovrà identificarsi ai fini IVA in Italia oppure dovrà provvedere alla nomina di un rappresentante fiscale.

(Ris. Agenzia delle entrate n. 28/E del 28 marzo 2012)

Consulenza giuridica – Imposta di registro

Il decreto di omologa di un concordato con cessione di beni all'assuntore, quale atto traslativo della proprietà dei beni, deve essere ricondotto all'ambito applicativo della disposizione recata dall'articolo 8, lettera a), della Tariffa, parte prima, allegata al TUR, che prevede l'applicazione dell'imposta di registro con le stesse aliquote previste per i corrispondenti atti, per i provvedimenti giudiziari "recanti trasferimento o costituzione di diritti reali su beni immobili o su unità da diporto ovvero su altri beni e diritti".

(Ris. Agenzia delle entrate n. 27/E del 26 marzo 2012)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

GIURISPRUDENZA

Spese di pubblicità: deducibili solo se si dimostra l'incremento commerciale ottenuto

A chiarirlo è stata la Suprema Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 3433 del 5 marzo 2012. I Giudici di legittimità hanno sostanzialmente evidenziato che sono da ricomprendersi tra le spese di rappresentanza quelle sostenute senza che vi sia una diretta aspettativa di ritorno commerciale mentre invece sono da qualificarsi come spese di pubblicità e propaganda le spese realizzate al fine di ottenere un incremento più o meno immediato di quanto sponsorizzato. La discriminante tra i due oneri sarebbe pertanto da individuare nella diversità degli obiettivi, anche ai fini strategici: accrescimento dell'immagine nelle spese di rappresentanza e incremento del fatturato nelle spese di pubblicità.

(*Corte di Cassazione, ordinanza n. 3433 del 5 Marzo 2012*)

L'ipoteca fiscale resiste alla revocatoria fallimentare.

A stabilirlo è la cassazione, con una sentenza senza precedenti, la n. 3398 depositata il 5 marzo 2012. La Suprema Corte afferma che esistono tre tipi di ipoteca: volontaria, legale e giudiziale. Secondo la Cassazione l'ipoteca esattoriale non è un'ipoteca legale, perché questa ha la caratteristica di essere iscritta "in automatico" su determinati beni immobili oggetto di negoziazione e rafforzamento degli obblighi derivanti dal contratto da cui essa origina. L'ipoteca fiscale invece viene attivata dal creditore e non ha come presupposto un atto negoziale. Né tanto meno trattasi di ipoteca giudiziale perché non ha fondamento in un provvedimento giurisdizionale; l'ipoteca fiscale ha fondamento in un provvedimento amministrativo. Trattandosi dunque di fattispecie autonoma, non rientrante nella previsione di cui all'articolo 67 della L. Fallimentare, non si presta ad essere oggetto di revocatoria.

(*Corte di Cassazione, sentenza n. 3398 del 5 Marzo 2012*)

Se la fattura è priva dei requisiti di legge, l'operazione è inesistente.

I Giudici della Suprema Corte hanno sancito che l'omessa indicazione nelle fatture degli elementi indicati all'art. 21 del D.P.R. 633/72 integra gravi irregolarità legittimanti l'Agenzia delle Entrate a far ricorso all'accertamento di tipo induttivo, ai sensi dell'art. 39 del DPR 600/73. In buona sostanza si è affermato che la fattura carente di un requisito previsto dalla legge non è idonea a fornire prova dell'esistenza dell'operazione in essa riportata. Sarà dunque il contribuente, sul quale viene ribaltato l'onere probatorio, a dover fornire concreti elementi a sostegno della sua tesi.

(*Corte di Cassazione, sentenza n. 3259 del 2 Marzo 2012*)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Ricavi non contabilizzati: la prova incombe sul Fisco.

I fatti si riferiscono al ritrovamento di una pen-drive in sede di verifica da parte della Guardia di Finanza, presso la sede della società. Al fine di considerare gli elementi rinvenuti come extracontabili e dunque presumibilmente collegati ad una contabilità “parallela”, l’Amministrazione deve dimostrare di aver proceduto ad un attento riscontro tra quanto dichiarato e quanto rinvenuto per l’anno o gli anni oggetto di accertamento.

(Corte di Cassazione, ordinanza n. 3170 del 29 Febbraio 2012)

Cessioni intracomunitarie – Ai fini dell’esenzione IVA il cedente deve attivare l’apposita procedura di verifica

Lo ha stabilito la Corte di Cassazione con un’ordinanza del 29 febbraio scorso. La suprema Corte ha affermato che è a carico del contribuente provare le condizioni di esenzione Iva previste dalla norma in tema di cessioni intracomunitarie. Per poter accedere a tale regime non basterebbe infatti richiedere il numero di identificazione attribuito al cessionario dallo stato di appartenenza, ma sarebbe altresì necessario che il cedente dia impulso all’apposita procedura di verifica del suddetto codice.

(Corte di Cassazione, ordinanza n. 3167 del 29 Febbraio 2012)

Niente iscrizione a ruolo per il credito del Fisco nella procedura fallimentare.

Questa è l’interpretazione fornita dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 4126 depositata il 15 Marzo scorso. I Giudici hanno dunque affermato che l’Amministrazione finanziaria, nell’ambito del fallimento, può far valere direttamente il proprio credito nei confronti dell’imprenditore fallito senza affidarsi all’agente della riscossione. La pretesa creditoria, nell’ambito di tale procedura concorsuale, non deve essere necessariamente preceduta dall’iscrizione a ruolo.

(Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza n. 4126 del 15 Marzo 2012)

IVA dichiarata e non versata: iscrizione a ruolo senza avviso bonario.

Nel caso di omesso versamento di IVA regolarmente denunciata, l’iscrizione a ruolo è legittima anche se non preceduta dall’invito bonario in quanto, nell’ipotesi sopra delineata, la previsione del previo invito al contribuente, quale adempimento necessario all’iscrizione a ruolo, si deve ritenere implicitamente priva di efficacia. Questo è quanto stabilito dalla Corte di Cassazione, con una sentenza dello scorso 29 Febbraio.

(Corte di Cassazione, ordinanza n. 3145 del 29 Febbraio 2012)

IRAP – L’evasione non è reato penale

Per la Suprema Corte di Cassazione l’evasione dell’Irap non rileva in ambito penale. Questo è quanto affermato in il 22 marzo scorso dai giudici di piazza Cavour, i quali

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

hanno si sono basati sul dato legislativo contenuto nel D. Lgs. N. 74/2000, in materia di reati tributari. La legge infatti, non attribuisce rilevanza penale alla eventuale evasione dell'imposta regionale sulle attività produttive, “*non trattandosi di un'imposta in senso tecnico*”.

(*Corte di Cassazione, Terza sezione penale, sentenza n. 11147 del 22 Marzo 2012*)

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)

Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

Servizio Abbonamenti: per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 -
Presidente: Paolo Panerai - Amministratore delegato: Domenico Ioppolo - Vice Direttore generale (finanza e legale) : Francesco Rossi.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.