



Ordine dei Dottori
Commercialisti
e degli Esperti Contabili
MILANO

NUMERO 2
FEBBRAIO 2023

*Essere Organo
di controllo oggi in Italia:
"Mission impossible?"*

Rassegna *del* Professionista

Circolare per il Professionista in collaborazione
tra 24 Ore Professionale e Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Milano

24ORE
PROFESSIONALE

Gli organi di controllo nell'approccio della riforma della crisi d'impresa

di Corrado Ferriani – Presidente Commissione Ausiliari del Giudice Penale 5

Il dovere proattivo dei Sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi

di Maddalena Arlenghi – Consigliere Ordine Avvocati di Milano 10

Quando la società entra in crisi: il ruolo del Collegio sindacale nella composizione negoziata

di Francesco Puccio – Presidente Fondazione Centro Studi UNGDCEC 13

Il Collegio sindacale e l'art. 2086 c.c.

di Nicola Cavalluzzo – Dottore Commercialista ODCEC Milano 14

Crisi d'impresa, i doveri degli organi sociali

*di Giuseppe Acciaro – Consigliere Ordine Avvocati di Milano
e Marco Rubino – Dottore Commercialista e Revisore legale dei conti in Milano* 18

Vigilanza e controllo: un'ambigua sovrapposizione (fortunatamente) superata

di Patrizia Riva – Università del Piemonte Orientale, Dottore Commercialista 23

Il Collegio sindacale e la funzione dell'Organismo di Vigilanza

di Luigi My – Presidente UNGDCEC Milano 27

Il ruolo del Collegio sindacale nel Codice civile

di Fioranna Negri – Presidente Commissione Diritto Societario 31

Il Collegio sindacale nelle società quotate

di Emanuele Serina – Segretario Nazionale – UNGDCEC 33

Collegio, sindaco o revisore: rebus della nomina per le Srl

di Simone Brancozzi – Dottore Commercialista e Revisore legale dei conti in Fermo 35

Il Collegio sindacale in ambito penale

di Giovanni Maria Soldi – Avvocato Penalista in Milano 37

Le funzioni dell'organo di controllo nella giurisprudenza

di Angelo Mambriani – Magistrato, Presidente Sezione 15 Settore Civile, Tribunale di Milano 41

Essere organo di controllo: <i>impossibilia nemo tenetur</i> <i>di Mariacarla Giorgetti – Università di Bergamo</i>	47
Ruolo dell'organo di controllo: prospettive attuali e future <i>di Matteo de Lise – Presidente UNGDCEC</i>	51
Una riforma del regime di responsabilità degli organi di controllo è necessaria nell'interesse stesso dell'efficienza del sistema <i>di Edoardo Ginevra – Dottore Commercialista e Revisore legale dei conti in Milano e Consigliere ODCEC Milano</i>	53
Dall'incertezza ad una nuova professionalità per il Sindaco di società <i>di Marzia Provenzano – Dottore Commercialista e Revisore legale dei conti in Milano</i>	56
L'Esperto risponde	58
Appuntamenti	62

Circolare per il Professionista
in collaborazione tra 24 Ore Professionale
e Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Milano

Proprietario ed Editore:
Il Sole 24 Ore S.p.A.

**Sede legale
e amministrazione:**
Viale Sarca, 223 - 20126 Milano

Redazione:
24 ORE Professionale

© 2023 Il Sole 24 ORE S.p.a.

Tutti i diritti riservati.
È vietata la riproduzione
anche parziale e con qualsiasi
strumento.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati
con scrupolosa attenzione, non possono
comportare specifiche responsabilità
per involontari errori e inesattezze.

CHIUSA IN REDAZIONE:
31 GENNAIO 2023

News *e approfondimenti*

Circolare per il Professionista
realizzata da 24 Ore Professionale
per Ordine dei Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano

24ORE
PROFESSIONALE

Gli organi di controllo nell'approccio della riforma della crisi d'impresa

di Corrado Ferriani – Presidente Commissione Ausiliari del Giudice Penale

Il comma secondo dell'art. 2086 c.c. stabilisce che «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

La citata disposizione, a seguito dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, non ha subito ulteriori modifiche rispetto al testo novellato dal D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

Resta pertanto vigente l'obbligo per tutti gli imprenditori che operino in forma societaria o collettiva di istituire un **assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alla dimensione** dell'impresa.

Gli adeguati assetti

Affinché gli assetti possano considerarsi adeguati è certamente necessario che siano in grado di **rilevare tempestivamente un possibile scenario di crisi** permettendo, in questo modo, agli amministratori di adottare tutte le azioni idonee al superamento della stessa e al mantenimento della continuità aziendale.

Il **costante monitoraggio** della situazione economica e finanziaria dell'impresa e la necessità di **elaborare delle prudenti ed attendibili predizioni** a medio termine rappresenta certamente uno dei punti cardine di un valido assetto organizzativo.

L'emersione di **indici di anomalia** a seguito dell'analisi e valutazione dei dati economici e finanziari, sia consuntivi che prospettici, e soprattutto la presenza di segnali di crisi, dovrà, quindi, tradursi nell'**immediata attivazione** ad opera della *governance* in presenza di segnali di crisi, in modo tale da consentire all'impresa in difficoltà di ristrutturarsi prima che la crisi diventi conclamata ed evitare situazioni di insolvenza.

Per effetto di ciò molte imprese, soprattutto di medie dimensioni, devono necessariamente **riorganizzare la propria struttura** organizzativa amministrativa, al fine di adempiere correttamente alle disposizioni contenute nella citata norma, consentendo ai diversi organi societari di non incorrere in responsabilità personali.

In particolare, quindi, agli amministratori spetta l'obbligo di istituire adeguati assetti e di monitorare costantemente l'equilibrio economico e finanziario dell'impresa indipendentemente da eventuali segnali di crisi.

Possono definirsi **idonei quegli assetti** in grado di:

- rilevare eventuali squilibri di carattere economico o finanziario;
- verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di allarme;
- ricavare le informazioni necessarie a seguire la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento.

Il corretto funzionamento del sistema di monitoraggio economico e finanziario poc' anzi sintetizzato consente, in particolare alla *governance*, di rilevare tempestivamente il rischio di perdita della continuità aziendale, la possibilità che la crisi si trasformi in insolvenza e che quindi si manifesti uno stato di dissesto il cui aggravio possa pesare irreversibilmente sugli *stakeholders* e della società.

La collaborazione tra Collegio sindacale e revisore legale

Il **Collegio sindacale**, nello scenario descritto, a cui spetta il dovere di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, deve limitarsi a **verificare la conformità degli atti e delle deliberazioni** da parte degli organi societari anche nell'ottica di evitare possibili conseguenze negative per la società derivanti dalla perdita della continuità aziendale.

Al **revisore legale**, invece, spetta il compito di verificare che il **bilancio sia redatto**, in tutti i suoi aspetti (anche, o meglio soprattutto, di natura informativa ed esplicativa a corredo) significativi, in **conformità al quadro normativo** di riferimento.

Si evidenzia quindi una **netta distinzione** tra le funzioni del revisore legale e del Collegio sindacale, poiché solo i membri di quest'ultimo sono incaricati di vigilare sull'istituzione e il corretto funzionamento degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

I Sindaci dovranno pertanto vigilare sull'andamento della gestione societaria, esaminando, almeno con **cadenza trimestrale**, una situazione contabile il più possibile aggiornata e completa delle valutazioni operate dal revisore, al fine di analizzare gli scostamenti tra i dati previsionali e i dati consuntivi, la regolarità degli incassi e dei pagamenti e il controllo di eventuali indici di anomalia e/o segnalazioni da parte dei creditori c.d. qualificati.

Affinché dunque il monitoraggio ed il controllo sull'adeguatezza dei sistemi organizzativi attuati dalla *governance* sia efficace ed utile agli scopi che la norma si prefigge, è **indispensabile il confronto costante e programmato** tra il Collegio sindacale e il soggetto incaricato della revisione legale.

Si tratta di uno scambio di informazioni necessario e non derogabile che deve ulteriormente essere implementato con altrettanti momenti di condivisione di notizie e fatti con l'**Organismo di Vigilanza** ex D.Lgs. 231/2001, del quale tutte le società devono dotarsi.

Alla luce della ripartizione dei compiti e delle funzioni proprie degli amministratori, dei Sindaci e dei revisori ne consegue che, per un corretto funzionamento della *governance* aziendale, per le società assoggettate all'obbligo della nomina dell'organo di controllo, è fortemente consigliata la **nomina sia dell'organo di controllo sia del revisore legale**, evitando di concentrare le funzioni di revisione in seno al Collegio sindacale.

Le novità normative e i riflessi sulle funzioni dell'organo di controllo

Il tema dei doveri a carico degli organi di controllo delle società è stato ulteriormente rimarcato – anche dopo la nuova formulazione dell'art. 2086 c.c. – sia con l'entrata in vigore del D.L. 118/2021 sia con il D. Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, in attuazione della Direttiva (UE) 1023/2019.

In particolare il D.L. n. 118 del 24 agosto 2021 ha toccato, **rafforzandoli, i ruoli, i doveri e le responsabilità** degli organi di controllo delle società.

La composizione negoziata della crisi, poi confluita nel C.C.I., voluta dal Legislatore per agevolare il positivo componimento e superamento della crisi aziendale in un momento di grave congiuntura economica post pandemia, ha infatti **umentato i doveri e le responsabilità** a carico degli organi sociali come detto già ampliati nella primavera del 2019 con le modifiche all'art. 2086 c.c.

I nuovi strumenti ed istituti previsti dal D.L. n. 118/2021 e dal C.C.I. necessitano di un **elevato livello di monitoraggio** delle eventuali condizioni di squilibrio economico, patrimoniale e finanziario – potenzialmente capaci di far emergere situazioni di crisi e insolvenza – da parte degli organi sociali, sia di governo che di controllo.

I più intensi doveri degli organi di controllo vanno recepiti nell'ambito dello spirito del C.C.I., con il quale il Legislatore ha inteso conferire un ruolo sempre più intenso ed incisivo, a cui consegue anche un regime di responsabilità certamente più marcato, all'organo di controllo dell'impresa.

Organo di controllo che, come accennato, dovrà – in stretta collaborazione con l'organo amministrativo della società – adoperarsi nella gestione e superamento della eventuale crisi (ovviamente senza trascendere nelle funzioni proprie dell'organo amministrativo), finanche estendendo la propria azione **oltre i limiti e gli schemi del semplice controllo contabile** per arrivare, anche mediante il tempestivo scambio di informazioni di cui si detto poc'anzi, alla segnalazione di fondati indizi di crisi, al monitoraggio ed all'intervento sull'organo amministrativo. Con ciò previamente valutando quindi costantemente l'adeguatezza dell'assetto amministrativo, la sussistenza dell'equilibrio economico finanziario, nonché l'andamento della gestione. In realtà però **non si tratta di una vera e propria novità**. Infatti l'attività del Collegio sindacale era già da prima dell'entrata in vigore del C.C.I. investita della funzione di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto da parte dell'organo gestorio.

Dunque il dovere di controllo del Collegio sindacale riguarda non soltanto i singoli atti posti in essere dall'organo amministrativo, bensì **l'intero andamento della gestione sociale** nell'interesse dei soci e dei creditori sociali. Con la conseguenza che l'attività dell'organo non può limitarsi ad una semplice verifica formale sulla correttezza dell'amministrazione, ma si deve estendere alla regolarità sostanziale della gestione, come rinvenibile ed accertabile in concreto dall'esame della documentazione contabile e dai dati e informazioni fornite dall'organo amministrativo e dalle altre funzioni interne all'impresa.

Tutto ciò deve ovviamente avvenire, trattandosi di attività di controllo, senza sindacare il merito e l'opportunità della gestione in termini di valutazione *ex post* della redditività e proficuità economica dell'operazione compiuta, poiché tale apprezzamento rientra nella insindacabile discrezionalità e attività della *governance*. D'altronde la responsabilità risarcitoria dei componenti dell'organo di gestione di una società che ne può conseguire trova fondamento e giustificazione in una condotta – sia essa dolosa che colposa – di costoro cui sia causalmente riconducibile un danno. Senza che ciò debba implicare automaticamente altrettanta responsabilità in capo all'organo di controllo.

E ciò perché è ormai riconosciuto che con riferimento al generale dovere di diligenza¹ degli amministratori al fine di specificarne il contenuto, si è soliti relazionarlo alla c.d. *Business Judgment Rule*, vale a dire al principio per cui il *merito* delle scelte gestorie è rimesso alla discrezionalità dell'amministratore e si sottrae al sindacato di terzi, organi di controllo o giudici.

Proprio nel delimitare l'area di merito insindacabile, la giurisprudenza ha da tempo chiarito come anche le scelte di merito contengano un profilo sindacabile, consistente nel **come la scelta** è stata assunta, vale a dire nell'**iter o percorso decisionale** che l'ha preceduta e preparata. Tale percorso, per essere immune da censure e conforme, appunto, a diligenza, deve essere – nelle parole di una ben nota e spesso citata massima giurisprudenziale² – «ispirato alla più ampia, profonda conoscenza dei possibili, prevedibili e pensabili fattori che influenzano il risultato». In altre parole, ciò che la diligenza impone è, innanzitutto e soprattutto, **un dovere informativo**, il cui adempimento consente poi di distinguere una scelta di gestione razionale e incensurabile (in quanto ben contestualizzata e coerente con i risultati dell'istruttoria sin lì svolta), da una scelta arbitraria e, per questo, censurabile.

Da tali principi si ricava la centralità, ai fini del diligente operato degli amministratori, dell'**attività organizzativa**, da un lato, e di quella di **pianificazione**, dall'altro: tali attività sono ritenute doverose non tanto

1 Ai sensi dell'art. 2392 c.c. «Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

2 Trib. Milano 13 giugno 1989.

in sé per sé considerate, ma in quanto strumentali alla raccolta di dati, alla delimitazione di un percorso strategico e decisionale, di un contesto entro il quale operare poi le singole e specifiche scelte gestorie³. Sotto altro profilo, va anche osservato come la **negligente attività di organizzazione e pianificazione** – pur costituendo violazione di doveri indiscutibili e sempre più valorizzati, anche in giurisprudenza – difficilmente genera di per sé sola uno specifico danno e, dunque, una responsabilità risarcitoria. Piuttosto, essa si pone quale **premessa per la commissione di violazioni ulteriori**, esse sì produttive e di danno.

Le considerazioni sin qui svolte, valide in termini generali, valgono **ancor più nei contesti di crisi**.

In tali contesti, infatti, esistono specifiche e stringenti norme (artt. 2086⁴, 2447, 2485 e 2486 c.c.⁵), che, senza necessariamente imporre una immediata cessazione dell'attività di impresa, impongono però, non appena la crisi e/o la perdita di continuità emerge, di proseguire la gestione in una logica conservativa e, insieme, di attivarsi, ove possibile, «per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Ben si comprende come, in tali contesti, debolezze organizzative e di pianificazione possano ostacolare o ritardare l'adempimento delle norme codicistiche appena menzionate e porsi così, se pure indirettamente, in connessione con l'aggravamento della crisi che, in ipotesi, ne consegue.

In altre parole, in tali contesti, le **negligenze** organizzative e di pianificazione ben possono rappresentare la **premessa di una successiva responsabilità** per avere ritardato l'emersione della crisi e con ciò aggravato il dissesto (cfr. Trib. Milano, Sez. Imprese, 3 dicembre 2019, n. 11105, che pure ha sottolineato la centralità, tra i doveri dell'amministratore, di «adottare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa e finalizzati a monitorare, e rilevare tempestivamente situazioni patologiche che potrebbero sfociare nella definitiva perdita della continuità aziendale, intesa come capacità dell'impresa di poter continuare a svolgere la propria attività»⁶). Ferma la **mai agevole individuazione e**

3) Sul tema del collegamento tra gli assetti organizzativi e il dovere di pianificazione: «la “codificazione” della regola degli assetti adeguati e la sua portata di carattere generale recano con sé implicazioni di ordine pratico, che peraltro da tempo corrispondono alla concreta adozione dei principi di corretta gestione, specialmente in caso di difficoltà economica dell'impresa. L'aspetto più rilevante, come da tempo la dottrina aziendalistica insegna, risiede nella predisposizione dei piani economici, patrimoniale e finanziari. Ed è l'ultima di queste componenti a rivestire, probabilmente, la maggiore utilità, specie nell'ottica della prevenzione della crisi e della sua tempestiva emersione. Il piano di tesoreria, in effetti, è indispensabile al fine di monitorare la sostenibilità dei debiti in chiave prospettica, vale a dire per l'intero arco temporale del piano. È chiaro, infatti, come non possa esservi la sostenibilità del debito quando la liquidità di fine periodo è pari a zero (in assenza di affidamenti), oppure quando essa assume valori tali da non trovare idonea copertura negli affidamenti ottenuti» (S. Ambrosini, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in www.ilcaso.it).

4) Il cui secondo comma recita: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

5) Art. 2486 c.c.: (I) «Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487-bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale»; (II) «Gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma»; (III) «Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a nonna del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura».

6) In senso conf. Tribunale di Milano, Sez. Imprese, 21 febbraio 2019, secondo cui «Il venir meno della continuità aziendale non integra una causa legale di scioglimento della società bensì, piuttosto (a seconda che sia o meno reversibile), una situazione di insolvenza o quantomeno di crisi, costituendo quindi uno dei più rilevanti e ricorrenti presupposti per dare avvio a quelle che il nuovo Codice della crisi definisce ora procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza. La conseguenza del (doveroso)

quantificazione del danno conseguente a tale responsabilità da aggravamento della crisi: si tratta, infatti, di **isolare una quota di dissesto** che possa ricollegarsi al ritardo imputabile agli organi sociali.

Pertanto l'organo di controllo e il revisore, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, saranno da oggi in poi chiamati ad effettuare una **segnalazione all'organo amministrativo** – qualora le prospettive sulla continuità aziendale, con un giudizio prudente e ponderato, non siano più verosimilmente garantite con quel grado di certezza necessario – nel caso in cui l'assetto organizzativo risulti lacunoso o insufficiente a fronteggiare possibili situazioni esterne di criticità e qualora sussistano fondati indizi di crisi o di insolvenza, adoperandosi affinché questi intervenga con i più opportuni e solleciti.

Va da sé che la segnalazione dovrà essere **motivata** e attraverso mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione ma, soprattutto, dovrà contenere la concessione di un **termine congruo** entro cui l'organo amministrativo dovrà riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative che intende intraprendere. Nel caso in cui l'organo amministrativo **rimanga silente, fornisca una risposta inadeguata** e comunque non adotti le misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, l'organo di controllo (o il revisore o la società di revisione) **devono attivarsi con gli altri mezzi** che la legge mette loro a disposizione.

Il ruolo dell'organo di controllo nell'ambito del C.C.I.I si sostanzia quindi ancora una volta nel dovere di verificare che l'organo amministrativo ponga in essere un adeguato assetto organizzativo atto a intercettare e contrastare tempestivamente gli eventuali segnali della crisi, nonché nel dovere di sollecitare, e **talvolta intimare**, detto organo all'adozione delle opportune manovre correttive nel caso si siano rilevate condizioni di squilibrio economico-finanziario-patrimoniale potenzialmente indicatrici di una situazione di crisi. Tutto ciò con lo scopo principale di prevenire ed evitare lo stato di decozione, considerato quale conseguenza diretta dello stato di crisi che l'impresa non è stata in grado di intercettare tempestivamente e poi superare.

rilievo del venir meno della continuità aziendale da parte degli amministratori, e del controllo su tale preconditione da parte dei Sindaci, è che – come indirettamente prescrive l'art. 2423-bis comma 1, n. 1) c.c. – ove la prospettiva della continuazione dell'attività sia venuta meno, i principi di redazione del bilancio non sono più quelli dettati dall'art. 2426 c.c., bensì quelli imposti dalla prospettiva liquidatoria in cui la società, anche prima della formale constatazione di una causa di scioglimento, deve necessariamente porsi: primo fra tutti la valutazione dei cespiti dell'attivo patrimoniale a valori di presumibile realizzo e con espunzione dal bilancio di ogni posta (quali i costi di impianto avviamento e sviluppo capitalizzati come immobilizzazioni finanziarie ovvero, di converso, gli ammortamenti periodici iscritti fra i costi del conto economico) incompatibile con l'imminente liquidazione». Sugli stessi temi, cfr. Renato Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Le Società* 2013, 671.

Il dovere proattivo dei Sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi

di Maddalena Arlenghi – Consigliere Ordine Avvocati di Milano

Lo scorso 15 luglio è entrato definitivamente in vigore il nuovo Codice della crisi.

Con le ultime modifiche introdotte, il Governo ha recepito i principi contenuti nella Direttiva UE 1023/2019 (c.d. **Direttiva Insolvency**) e attratto all'interno del C.C.I. le disposizioni del D.L. 118/2021 in materia di composizione negoziata della crisi.

Viene, dunque, data estrema rilevanza alla **diagnosi precoce dello stato di crisi** e alla **salvaguardia della capacità imprenditoriale**, prevedendo l'utilizzo di procedure che permettano all'imprenditore di intercettare tempestivamente segnali di allerta al fine di evitare l'irreversibilità della crisi e preservare la **continuità aziendale**. In sintesi: il complesso delle disposizioni introdotte dal C.C.I. rappresenta il manifesto culturale del sistema di *early warnings* destinato a favorire l'emersione tempestiva della crisi sul presupposto che intercettare tardivamente la situazione di difficoltà dell'impresa rappresenta un danno per il sistema (principio esposto dal Considerando n. 22 della Direttiva UE 1023/2019).

Il fulcro, come è noto, è l'obbligo per l'impresa di dotarsi di assetti adeguati e funzionanti. Il sistema è improntato alla integrazione delle norme del Codice civile col nuovo Codice della crisi, alla anticipazione, a fini di prevenzione, degli obblighi di intervento e quindi della responsabilità degli organi societari; alla procedimentalizzazione endosocietaria; alla crescente responsabilizzazione degli organi sociali fra cui rientrano i Sindaci; alla estensione della quantificazione del danno risarcibile.

In questo contesto, viene sviluppato il ruolo del Collegio sindacale che non è più solo un dovere di controllo *ex post*, ma è ora caratterizzato da un prevalente dovere proattivo di vigilanza.

Si possono indicare **più fasi in cui i Sindaci devono svolgere il loro ruolo di vigilanza**: indipendentemente dal verificarsi di una situazione di crisi, i Sindaci devono attivarsi per verificare che gli assetti istituiti dall'organo amministrativo ai sensi dell'art. 2086 c.c. e dell'art. 3 C.C.I. siano configurati in modo adeguato a fare emergere non solo le situazioni di crisi, ma anche quelle di probabile crisi. Inoltre i Sindaci devono costantemente verificare che gli assetti abbiano **concreto funzionamento** durante tutta la vita della società e all'insorgere di una situazione di precrisi devono attivarsi affinché l'organo amministrativo adotti gli strumenti di natura privatistica idonei a riequilibrare la società. Quindi, in base alle disposizioni del nuovo Codice della crisi, all'insorgere di una situazione di crisi, nell'inerzia dell'organo amministrativo, i Sindaci debbono segnalare agli organi amministrativi, con **istanza scritta e motivata**, la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'**istanza di Composizione** negoziata di cui all'art. 17 del Codice della crisi secondo quanto previsto dall'art. 25-octies del medesimo Codice.

Infine, in caso di accesso alla Composizione negoziata, visto che l'amministratore conserva l'ordinaria e straordinaria amministrazione sulla fiducia del Legislatore, che confida così nel superamento della crisi, permangono in capo ai Sindaci gli **ordinari doveri di vigilanza** di cui all'art. 2403 c.c. anche **durante le trattative con i creditori** svolte sotto la supervisione dell'esperto.

Dunque più nello specifico, l'organo di controllo societario segnala per iscritto all'organo amministrativo la **sussistenza dei presupposti** per la presentazione dell'**istanza di Composizione negoziata della crisi**, fissando un **termine** non superiore a 30 giorni entro cui gli amministratori devono riferire in merito alle iniziative intraprese. Tale termine non richiede la compiuta risoluzione dei problemi finanziari, economici o patrimoniali eventualmente oggetto di "allarme", ma l'**individuazione di possibili soluzioni** e la pronta attivazione delle iniziative necessarie.

La segnalazione deve essere **motivata** e costituisce uno specifico dovere dell'organo di controllo e comporta l'analisi della risposta fornita dall'organo amministrativo. L'invio tempestivo della comunicazione assume valore ai fini della valutazione della **responsabilità dei Sindaci**.

I doveri di segnalazione si applicano a tutti i Collegi sindacali, al Sindaco unico, al Comitato di controllo o Collegio di sorveglianza delle S.p.A. che abbiano adottato il sistema monistico, **ma non al revisore**, in quanto il tenore letterale dell'art. 25-*octies* del Codice della crisi si riferisce esclusivamente all'Organo di controllo e non più anche al revisore (come originariamente previsto dall'articolo 14 del Codice della crisi in vigore dal 1° settembre 2021 al 14 luglio 2022).

Dunque, i Sindaci vigilano sull'osservanza della legge, dello statuto sulla corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo. I Sindaci devono adempiere con **professionalità e diligenza** specifiche e sono **responsabili, solidalmente** con gli amministratori, per i fatti e le omissioni di questi quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica (art. 2407 c.c.).

Nel sistema del Codice civile (artt. 2086, comma 2, 2381, comma 5, e 2403, comma 1) integrato dal Codice della crisi (artt. 3, 17 e 25-*octies*), l'obbligo di vigilare sull'adeguatezza degli assetti va inteso alla stregua di una **vera e propria clausola generale munita di autonoma percettività**. Essa si traduce in una nuova obbligazione a carico dei Sindaci.

I Sindaci che non adempiono alle norme del Codice civile in termini di tempestivo monitoraggio delle situazioni di difficoltà dell'impresa **rispondono con il loro patrimonio** dei danni prodotti dagli amministratori e non evitati.

I Sindaci devono, dunque:

- informarsi costantemente sull'andamento della società e sulle operazioni societarie e gestionali più rilevanti;
- annotare diligentemente sui libri eventuali dissensi o denunce di irregolarità;
- convocare l'assemblea ove si ravvisino fatti gravi su cui è urgente decidere;
- inviare la segnalazione di esistenza dei presupposti per l'attivazione della Composizione negoziata di cui all'art. 17 C.C.I. e vigilare sul funzionamento della procedura di risanamento;
- presentare istanza al Tribunale ai sensi dell'art. 2485 c.c., affinché venga accertata una causa di scioglimento della società ove gli amministratori omettano di iscrivere al Registro Imprese la relativa dichiarazione;
- presentare al Tribunale la denuncia per gravi irregolarità di cui all'art. 2409 c.c.

Se, nonostante tutto, l'impresa non supera la crisi e si giunge alla fase della **liquidazione giudiziale** è assai probabile l'avvio di **azioni di responsabilità** contro amministratori, organi di controllo e revisori, azione che può essere **promossa anche dopo lungo tempo** in quanto, come è noto, l'azione sociale di responsabilità (artt. 2392 e 2393 c.c.) si prescrive in cinque anni dalla cessazione della carica.

L'azione dei creditori (art. 2394 c.c.) si prescrive pure in cinque anni, ma – per giurisprudenza costante – il termine decorre da quando risulta percepibile ai creditori l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei creditori medesimi. Questa situazione crea situazioni paradossali in cui – di fatto – il decorso della prescrizione viene ancorato al palesarsi dell'insolvenza. Il risultato pratico che consegue è quello del **perdurare di una condizione di incertezza**. Tale condizione pone evidenti problemi, sia in termini di incertezza in ordine ad attività concluse, magari, da lunghissimo tempo, sia in termini di copertura assicurativa, posto che le principali compagnie operano le coperture con clausola *claim made*,

ovverosia quella che limita la copertura alla sola ipotesi che sia il sinistro e sia la richiesta di risarcimento intervengano in vigenza del contratto assicurativo.

Vi è poi un tema di **solidarietà passiva** che crea non pochi problemi anche nel caso di raggiungimento nelle more del giudizio di accordo transattivo con gli organi concorsuali.

L'art. 1313 c.c. stabilisce che: «Nel caso di rinuncia del creditore alla solidarietà verso alcuno dei debitori, se uno degli altri è insolvente, la sua parte di debito è ripartita per contributo tra tutti i condebitori, compreso quello che era stato liberato dalla solidarietà». L'effetto è che nel caso in cui il creditore transiga con uno dei condebitori solidali, ma vi sia un debitore solidale non transigente insolvente, verso il debitore transigente liberato dalla solidarietà possono comunque agire sia lo stesso creditore sia, in regresso (1299 c.c.), il debitore adempiente chiamato a rispondere in ragione della solidarietà, oltre la propria quota di responsabilità, ma che non possa rifarsi verso il debitore solidale non transigente inadempiente.

Il tema si pone sempre al momento di transigere le azioni di responsabilità, posto che nella maggior parte dei casi gli amministratori risultano incapienti. In una situazione del genere ove, per esempio, la sola società di revisione addivenisse a transazione, ma i Sindaci non transigenti fossero infine chiamati a rispondere anche di quanto dovuto dagli amministratori insolventi, allora gli stessi – per la parte eccedente – potrebbero rivolgersi al revisore transigente. L'effetto di questo principio è che risulta pressoché **impossibile addivenire a transazioni individuali**, a immediato beneficio delle procedure, e che il processo si protrae oltre modo ai fini della determinazione delle effettive quote di responsabilità di ciascuno, al fine di poter poi gestire il tema di pagamenti solidali superiori rispetto alle quote di effettiva responsabilità (normalmente diverse da quelle presuntivamente previste dall'art. 1298, comma 2, c.c.). In materia di azioni di responsabilità, sarebbe necessario che ciascuno rispondesse per fatto proprio, escludendo la solidarietà passiva e anche su questo si potrebbe intervenire per una modifica delle disposizioni normative.

Quando la società entra in crisi: il ruolo del Collegio sindacale nella composizione negoziata

di Francesco Puccio – Presidente Fondazione Centro Studi UNGDCEC

Il Sindaco di una società sottoposta alla composizione negoziata della crisi, oltre a mantenere i consueti doveri di vigilanza, dovrà prestare attenzione alle ulteriori attività richieste dal Codice della crisi, la cui inosservanza potrebbe dare origine a nuovi profili di responsabilità.

Il Collegio sindacale riveste un **ruolo primario** all'interno dello strumento della composizione negoziata della crisi, partendo dal dovere di segnalazione all'organo amministrativo, qualora vi siano i presupposti previsti dall'articolo 17 C.C.I.

La sollecitazione all'organo amministrativo può nascere anche dalle segnalazioni di cui il Collegio è destinatario da parte dei **creditori pubblici qualificati** (art. 25-*novies*) e da parte degli **istituti di credito** (art. 25-*decies*). Una volta avuto accesso alla composizione negoziata della crisi, il Collegio sindacale è chiamato a compiere attività di ausilio all'esperto nelle valutazioni in merito alla perseguibilità del risanamento e all'attendibilità del contenuto del piano.

In particolare, il Collegio sindacale deve:

- **comunicare** all'esperto un giudizio in merito all'**affidabilità e all'adeguatezza** della situazione contabile della società (segnalando eventuali rettifiche da compiere);
- fornire **ogni tipo di informazione** che l'esperto ritenesse necessaria ai fini delle valutazioni;
- **esprimere un giudizio** in merito alle cause della crisi e alla coerenza delle stesse con le manifestazioni esteriori dello squilibrio.

Nel periodo di svolgimento delle trattative, il Collegio sindacale, che sarà informato dall'esperto su eventuali atti o pagamenti straordinari compiuti dall'imprenditore, dovrà prestare particolare attenzione al fatto che la gestione **non crei pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività**, anche in considerazione di eventuali atti o pagamenti straordinari che dovessero essere compiuti. Infine, avendo accesso alla piattaforma telematica, il Collegio sindacale ha l'onere di analizzare tutti i dati ed i documenti presenti comunicando all'esperto eventuali osservazioni.

Il Collegio sindacale e l'art. 2086 c.c.

di Nicola Cavalluzzo – Dottore Commercialista ODCEC Milano

Il nuovo Codice della crisi, attenendosi anche ai principi in materia di crisi d'impresa di derivazione comunitaria, parte dal presupposto che maggiori siano le possibilità di **tutelare il bene impresa** laddove la situazione di difficoltà sia **intercettata precocemente**. Conseguentemente il tratto fondamentale del nuovo Codice è la **cultura della prevenzione** che tende ad intercettare tempestivamente i primi segnali di (seria) difficoltà, per poter intervenire e porre rimedio prima che la situazione di crisi possa peggiorare fino a sfociare nella insolvenza. Cultura della prevenzione che il Legislatore persegue attraverso il **rafforzamento della organizzazione aziendale** che è giustamente considerata come lo strumento principe per intercettare precocemente situazioni di difficoltà dell'impresa.

Per perseguire tale scopo, il Legislatore del Codice della crisi, con l'art. 375 D.Lgs. 14/2019, in vigore già dal 16 marzo del 2019, è intervenuto sull'art. 2086 c.c., modificandone sia la rubrica (con l'espressione "Gestione dell'impresa", decisamente più attuale) sia il secondo comma che appunto obbliga l'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ad istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile **anche in funzione della rilevazione tempestiva** della crisi d'impresa e della continuità aziendale. In tal modo il Legislatore detta talune regole per raccordare le norme previste dal diritto societario con quelle del diritto concorsuale.

Gli adeguati assetti: l'art. 2086, comma 2, c.c.

Perno centrale della emersione tempestiva della crisi è quindi l'obbligo, previsto in capo all'impresa, di dotarsi di assetti adeguati (nel senso di proporzionati alla natura e alla dimensione dell'impresa); assetti le cui finalità sono state meglio specificate (e fors'anche rafforzati) dalle disposizioni previste dall'art. 3 del Codice della crisi come innovato con il recepimento del D.Lgs. 83/2022.

Come in precedenza affermato, la nuova formulazione dell'art. 2086, comma 2, c.c. obbliga l'impresa ad istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che sia adeguato alla natura e alle dimensioni e in grado di intercettare tempestivamente eventuali segnali di crisi e di perdita della continuità, offrendo in tal modo all'imprenditore la possibilità di attivarsi senza indugio per l'adozione delle idonee iniziative per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale.

Dal 16 marzo 2019 è quindi richiesto che gli assetti siano adeguati anche in funzione della possibilità di effettuare la **diagnosi precoce** dell'eventuale esistenza di una situazione di probabilità di crisi.

Il dovere di istituire gli assetti, come disciplinato dall'art. 2086 c.c., è stato ulteriormente rafforzato dal novellato art. 3 del Codice della crisi che, dopo aver indicato i "parametri" che possono confermarne l'adeguatezza (ci si riferisce al contenuto delle lettere a, b, c del comma 3) evidenzia (nel successivo comma 4) quelli che, a ragione, possono essere considerati **importanti segnali di allarme**.

Da tale angolazione, l'art. 3 può ben essere considerato a tutti gli effetti una **norma che completa** la disposizione dell'art. 2086, comma 2; anzi la estende, poiché impone doveri organizzativi non soltanto

all'imprenditore collettivo e societario, ma anche all'**imprenditore individuale**. Per tale ultima "figura", la norma richiama un istituto (le "**misure**") che sembrerebbe essere un qualcosa di **meno invasivo** rispetto agli assetti.

Sia le misure di cui al primo comma, per l'imprenditore individuale, sia gli assetti di cui al secondo comma, per l'imprenditore collettivo e societario, sono sempre strumenti organizzativi la cui finalità è la rilevazione tempestiva dello stato di crisi e la perdita della continuità aziendale.

Una volta intercettati i segnali di crisi, la normativa obbliga l'imprenditore ad assumere senza indugio le iniziative necessarie per il superamento della stessa e per il recupero della continuità aziendale. Diventa quindi essenziale effettuare la c.d. diagnosi precoce, finalità perseguita dai commi 3 e 4 del citato art. 3 del Codice della crisi.

Il "rafforzamento" di cui all'art. 3 del Codice della crisi

In particolare, il comma 3 precisa che **misure e assetti devono essere in grado di**

- rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario;
- verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale per almeno un lasso temporale di 12 mesi successivi;
- rilevare una serie di segnali previsti dal quarto comma;
- ricavare le informazioni necessarie per predisporre la lista di controllo particolareggiato e ad effettuare il test pratico per verificare la ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'13 del Codice della crisi.

I **segnali di allarme**, che costituiscono punti di attenzione la cui sussistenza deve allertare l'**imprenditore** (anche su sollecitazione dell'organo di controllo), sono costituiti dalla esistenza di

- debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni e pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- esposizione nei confronti delle banche scadute da più di 60 giorni;
- esposizioni nei confronti dei cosiddetti creditori privilegiati come individuate dall'art. 25-novies.

Con le modifiche apportate al Codice civile dal Codice della crisi d'impresa, l'adeguatezza degli assetti non riguarda soltanto le società di capitali (*id est* Srl e Spa) e di persone, ma **anche la società semplice**; inoltre, nessuna esclusione con riferimento al modello di governance applicato alla società (tradizionale, duale e monistico; il secondo, per espressa previsione di legge, il monistico, atteso il rinvio agli artt. 2380-bis e 2381 contenuto nell'art. 2409-noviesdecies).

L'adeguatezza degli assetti non è una novità del 2019 perché, in realtà, gli assetti adeguati sono stati introdotti nel nostro ordinamento dalla cosiddetta riforma Vietti sin dal 1° gennaio 2004, ancorché la relativa normativa era limitata alle sole società per azioni. Infatti, l'art. 2381, comma 5 (e il precedente comma 3), c.c. ha imposto, da detta data, agli organi delegati delle sole società per azione di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni. Emerge immediatamente la differenza della novella apportata dal Codice della crisi: l'attuale normativa impone il dovere di istituire gli **adeguati assetti a tutti gli amministratori e non solo a quelli delegati**.

Il ruolo del Collegio sindacale

Per quanto riguarda il ruolo del Collegio sindacale (ovvero dell'organo di controllo nelle srl), ai sensi dell'articolo 2403, allo stesso è demandata la vigilanza sulla adeguatezza dell'assetto organizzativo.

Ad una più attenta lettura della norma si comprende che la vigilanza sugli assetti in realtà è **parte del più ampio dovere di vigilanza sui principi di corretta amministrazione**, come è evidente dall'utilizzo dell'inciso "in particolare" con cui il Legislatore ha anche voluto precisare che si tratta di un punto **molto**

delicato. Inoltre, la stessa disposizione impone al Collegio di non limitarsi alla semplice verifica sull'adeguatezza, ma di valutarne anche il **concreto funzionamento.**

Come sovente accade, le norme codicistiche si limitano ad indicare dei principi di carattere generale senza offrirne una chiara definizione. Ciò si verifica anche relativamente alla fattispecie in esame: infatti, per gli **assetti**, la legge prevede che la loro istituzione spetti agli amministratori (e la vigilanza al Collegio), ma **esattamente che cosa siano** non è rinvenibile nell'ambito di quella che è la normativa civilistica.

Fino all'entrata in vigore del Codice della crisi, le uniche indicazioni al riguardo erano rinvenibili nelle norme di comportamento del Collegio sindacale emanate dal CNDCEC. Oggi, come in precedenza messo in evidenza, esiste una **indicazione particolareggiata nel Codice della crisi.**

L'obbligo previsto in capo agli amministratori di istituire gli assetti può essere definito come un **obbligo specifico a contenuto aperto**; cioè, è lasciata alla **capacità e al libero discernimento** del singolo amministratore la predisposizione degli assetti, in base ad un **criterio di proporzionalità** rispetto alla natura e alla dimensione dell'impresa, invocando, se del caso, la cosiddetta **business judgement rule** in presenza di una eventuale contestata violazione dell'obbligo di adeguatezza. La condizione è che la scelta sia stata fatta **in maniera razionale** e non sia dall'inizio caratterizzata da imprudenza (Trib. Roma, 8 aprile 2020).

L'adeguatezza

Un adeguato assetto organizzativo **identifica con chiarezza** i poteri e le deleghe attribuiti a ciascuna funzione. Richiede la presenza di un **organigramma** in cui siano descritti le funzioni e i compiti attribuiti alle diverse persone presenti in azienda, con una mappatura completa della struttura organizzativa.

L'operatività sarà caratterizzata da **processi**, disciplinati in apposite **procedure**. Il tutto sarà riportato in appositi **manuali interni.**

L'assetto amministrativo è rappresentato da procedure e strumenti per il corretto svolgimento dell'attività, mentre l'assetto contabile è quell'insieme di sistemi che consentono la rilevazione contabile dei fatti di gestione e la loro analisi facendo ricorso a sistemi di controllo e pianificazione.

La vigilanza sugli assetti: suggerimenti pratici

È stato già precisato che la vigilanza sull'adeguatezza degli assetti compete al Collegio sindacale, che è anche tenuto a vagliarne il concreto funzionamento. Per vigilare sull'assetto organizzativo occorre innanzitutto verificare la **presenza di un set documentale-descrittivo**, costituito dalla presenza di un organigramma, di un mansionario e di un manuale dei flussi.

L'**organigramma** può essere rappresentato in varie modalità, partendo dalla cosiddetta struttura elementare dove vengono identificate le persone e i compiti alle stesse associate. Oppure potrebbe essere adottato l'organigramma a struttura funzionale che identifica innanzitutto le funzioni, partendo da quelle tipiche quali acquisti, produzione, vendite, amministrazione, risorse umane e, all'interno di ognuna di queste strutture, ancora una volta vengono identificate i soggetti e le funzioni attribuite ad ognuno di loro. Oppure ancora potrebbe essere adottato l'organigramma a struttura divisionale in cui vengono individuate le funzioni e le persone per prodotto o per mercato o anche per area geografica.

La vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo implica il controllo dell'esistenza e della puntuale identificazione dei **processi aziendali**, intesi come attività per raggiungere uno specifico risultato, delle procedure in essere per svolgere le attività e delle direttive autorizzative.

Inoltre, periodicamente, sarebbe opportuno verificare la rispondenza dei poteri, come previsti nella mappa poteri o nell'organigramma, con quanto risulta nel registro delle imprese.

Operativamente il Collegio potrebbe utilizzare una **check-list** in cui, nella colonna di sinistra, venga identificato l'oggetto del controllo e, nella colonna di destra, le risposte sull'esistenza o meno del documento o della procedura (SI/NO). Opportuna anche una verifica del **sistema IT**, soprattutto in presenza di un utilizzo abbastanza continuo del lavoro da remoto che potrebbe aumentare i rischi di intrusione da parte

di estranei nella rete aziendale con tutti i connessi rischi derivanti dall'acquisizione di dati anche sensibili. Del pari necessaria la verifica della esistenza di eventuali procedure di *disaster recovery*.

L'esame dell'**assetto amministrativo** richiede la verifica dell'esistenza di documentazione essenzialmente di tipo contabile quale un **Business Plan** (che è una programmazione a 3/5 anni), di un **budget** che identifica risultati attesi per l'esercizio immediatamente successivo. Sempre all'interno della verifica dell'adeguatezza del sistema amministrativo, il Collegio accerterà la presenza di **report periodici** all'interno dei quali vengano messi a confronto i risultati conseguiti con quelli previsti a budget, con l'analisi degli eventuali scostamenti e la identificazione delle cause degli stessi.

Anche in questo caso il controllo potrà essere effettuato con una check-list in cui saranno elencati i vari documenti, di cui si verifica l'esistenza con l'usuale tecnica della risposta positiva o negativa.

Da ultimo, l'**esame dell'assetto contabile**, per verificare che le rilevazioni contabili siano attendibili e che sia presente un sistema di pianificazione (inteso come analisi dell'andamento futuro) e di controllo di gestione, misurazione e monitoraggio dei risultati effettivamente conseguiti. Il Sindaco verificherà la esistenza dei vari documenti e processi utilizzando l'usuale check-list e rilevandone o meno l'esistenza.

Per completezza si sottolinea che la **mancata istituzione degli assetti** è considerata anche dalla giurisprudenza una **grave forma di irregolarità gestoria**, ma, come anche precisato dalla stessa giurisprudenza, alle scelte organizzative si applica il principio della *business Judgement rule*, per cui il Collegio dovrà verificare la razionalità delle scelte dell'imprenditore e l'efficacia delle stesse senza entrare nel merito. Inoltre, è opportuno far presente che un assetto può essere considerato inadeguato non soltanto laddove sia insufficiente per raggiungere i risultati prefissi, ma anche laddove sia **sovradimensionato**; quindi è inutile avere degli assetti complessi per realtà elementari.

Crisi d'impresa, i doveri degli organi sociali

di Giuseppe Acciaro – Consigliere Ordine Avvocati di Milano,
Marco Rubino – Dottore Commercialista e Revisore legale dei conti in Milano
La Settimana Fiscale | 28 dicembre 2022 | n. 49 | p. 32-36 |

Alla luce dei profondi cambiamenti introdotti nel Codice della crisi da parte del Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, che ha recepito nell'ordinamento italiano la direttiva (UE) 1023/2019, con la circolare n. 27 del 21 novembre scorso Assonime affronta il tema dei doveri e delle responsabilità degli organi sociali e, in particolare, la nuova definizione di crisi e di probabilità di crisi, le modifiche alla disciplina degli assetti e i doveri dell'organo di controllo nell'ambito della composizione negoziata.

La circolare Assonime sui doveri degli organi sociali nel nuovo Codice della crisi

Con la circolare n. 27/2022 Assonime affronta il tema dei **doveri** e delle **responsabilità** degli **organi sociali** (organo amministrativo e organo di controllo) nella **gestione e prevenzione della crisi**, scaturenti dal nuovo Codice della crisi (Dlgs 14/2019). Non è la prima volta che l'associazione di categoria delle società italiane per azioni interviene per spiegare l'**impatto** che le norme in tema di crisi d'impresa hanno sulla **governance** delle predette società. In particolare, già all'indomani della pubblicazione dell'originario testo del Codice della crisi, Assonime era intervenuta con la circolare n. 19/2019 (*Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta*), per illustrare ai propri associati quelle che, all'epoca, si presentavano come le novità più importanti e di maggior impatto per le realtà aziendali, ovvero l'introduzione delle misure di allerta e della composizione assistita gestita da un organismo terzo, l'OCRI.

La nuova circolare nasce dalla consapevolezza dei profondi cambiamenti introdotti nel Codice della crisi ad opera del Dlgs 17 giugno 2022, n. 83, che ha recepito nell'ordinamento italiano la direttiva (UE) 1023/2019 (cd. *Direttiva Insolvency*). Il documento di Assonime parte proprio da quelle che ritiene le novità di maggior interesse per la vita delle società per azioni e che riguardano: la **nuova definizione** di crisi e di probabilità di crisi; le **modifiche** alla disciplina degli **assetti organizzativi, amministrativi e contabili** in funzione della rilevazione tempestiva della crisi; i **doveri dell'organo di controllo** nell'ambito del nuovo istituto della **composizione negoziata**.

Novità introdotte dal D.Lgs. 83/2022

Il documento Assonime parte dalla considerazione che il recepimento della direttiva europea, attraverso il già citato Dlgs 83/2022, ha agito su due aree fondamentali della gestione della crisi d'impresa: una che riguarda le misure atte a favorire l'emersione tempestiva della crisi, e l'altra relativa agli strumenti necessari per garantire ristrutturazioni rapide ed efficienti.

Il presupposto che muove le due linee di intervento è la consapevolezza che: tanto prima si intercetta una situazione di difficoltà dell'impresa, maggiori sono le probabilità di avviare ristrutturazioni efficienti che consentano di tutelare il valore della continuità aziendale nell'interesse, non solo dei soggetti direttamente

coinvolti, ma del sistema economico in generale. In questo quadro, le nuove regole modificano parti importanti dell'originario Codice della crisi d'impresa.

Anzitutto viene completamente **smantellato il sistema delle procedure d'allerta e della composizione assistita** della crisi che si basavano su obblighi di segnalazione interna (al consiglio di amministrazione) ed esterna (all'OCRI), posti in capo all'organo di controllo della società e ai creditori pubblici qualificati. In secondo luogo, alla nozione di crisi (che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei dodici mesi successivi, anziché nei sei mesi successivi, come previsto dal testo originario del Codice) si affianca la **nuova nozione di "probabilità di crisi"** che, a sua volta, funge da presupposto per il **nuovo istituto della composizione negoziata**. Infine, il nuovo articolo 3 CCII specifica le finalità a cui gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili previsti dall'articolo 2086 c.c. devono tendere nella gestione della crisi d'impresa ovvero: i) rilevare gli **squilibri** di carattere patrimoniale, economico-finanziario rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa; ii) verificare la **sostenibilità** dei debiti e della continuità aziendale per i dodici mesi successivi; iii) ricavare le informazioni necessarie per eseguire il **test pratico** per l'accesso alla composizione negoziata della crisi.

Nuove nozioni di crisi e precrisi

Nell'originaria versione del Codice della crisi, quest'ultima era definita come lo stato di difficoltà economico-finanziaria, che rende probabile l'insolvenza del debitore e che si manifesta nell'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. Tale inadeguatezza veniva poi più concretamente identificata dai cd. indici di crisi che individuavano in sei mesi l'orizzonte temporale di sostenibilità dei debiti. La scelta di un orizzonte temporale così ridotto era stata da più parti criticata in quanto si riteneva che non fosse funzionale a intercettare situazioni di crisi (cioè di probabile insolvenza), bensì di insolvenza conclamata.

La nuova norma è, dunque, intervenuta sul punto **estendendo l'orizzonte temporale** di riferimento da sei a **dodici mesi**, allineandolo a quello contenuto nella definizione di continuità aziendale prevista dai principi contabili. Il riferimento, in particolare, è al principio contabile OIC 11, Paragrafo 22, che definisce il *going concern* come la capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio.

L'identità di orizzonte temporale determina sicuramente un **avvicinamento delle nozioni di crisi e di continuità aziendale**, tra cui, tuttavia, avverte la circolare, permangono significative differenze. In particolare, osserva Assonime, la nozione di crisi contemplata dal Codice fa riferimento essenzialmente a una dimensione quantitativa di tipo finanziario (riferendosi a flussi di cassa e debiti) mentre, viceversa, nella valutazione della continuità aziendale entrano in gioco anche altri elementi di natura qualitativa. Difatti, a tale riguardo, il principio di revisione ISA Italia 570 prescrive che la valutazione della capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento comporta una valutazione, a un certo momento, sull'esito futuro di eventi o circostanze per loro natura incerti, che si basa sì, su indicatori di natura finanziaria, ma anche su indicatori di natura gestionale (come ad esempio: l'intenzione della direzione di liquidare l'impresa o di cessare le attività; la perdita di membri della direzione con responsabilità strategiche senza una loro sostituzione; la perdita di mercati fondamentali o di clienti chiave; ecc.) o di altra natura (come ad esempio: la riduzione del capitale al di sotto dei limiti legali; l'insorgenza di procedimenti legali o regolamentari che, in caso di soccombenza possono comportare richieste di risarcimento cui l'impresa probabilmente non è in grado di far fronte; ecc.). Si tratta, in altri termini, di eventi che, pur rappresentando una possibile minaccia per la continuità aziendale, potrebbero non avere un riflesso direttamente stimabile sui flussi di cassa futuri.

Accanto alla rinnovata nozione di crisi, il Codice ha introdotto, nell'ambito del nuovo istituto della composizione negoziata, la nozione di "probabilità di crisi", detta anche precrisi che consiste, essenzialmente in una situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, tuttavia non così grave da determinare la mancata copertura delle obbligazioni dei successivi dodici mesi (come prevede, viceversa, la nozione di crisi appena illustrata).

Queste nuove nozioni consentono, dunque, una sistematizzazione delle varie fasi di difficoltà che un'impresa può attraversare e che, secondo un criterio di intensità crescente, vanno da una prima fase di semplice probabilità di crisi, alla successiva fase di crisi conclamata, per poi sfociare, nei casi più gravi, in vera e propria insolvenza.

Dovere dell'organo di controllo di istituire adeguati assetti

L'obbligo nelle Spa di istituire **assetti organizzativi adeguati** non è una novità introdotta dal Codice della crisi. Già l'articolo 2381 c.c. ne prevedeva l'obbligo, disponendo che gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia

adeguato alla sua natura e alle sue dimensioni, mentre il consiglio di amministrazione, nella sua collegialità, ne deve valutare l'adeguatezza, esercitando eventualmente il suo potere di impartire direttive agli organi delegati, se reputa gli assetti carenti. Le novità introdotte dal Codice riguardano, viceversa, le **funzioni informative** che tali assetti sono chiamati ad assolvere nell'ambito della **prevenzione della crisi d'impresa**. In particolare, gli stessi devono consentire di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi; c) rilevare una serie di situazioni debitorie significative; d) ottenere le informazioni per il test di verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento in sede di composizione negoziata. Le situazioni debitorie significative contemplate dal Codice consistono nell'esistenza di: a) debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni e pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) esposizioni nei confronti di banche e intermediari finanziari che siano scadute da più di 60 giorni o che abbiano superato da almeno 60 giorni il limite degli affidamenti ottenuti purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni; d) debiti scaduti nei confronti di soggetti pubblici qualificati (agenzia delle Entrate, Inps, Inail e agente della riscossione) superiori alle soglie previste dall'articolo 25-novies CCII.

Individuate le finalità a cui devono assolvere gli assetti, la loro concreta configurazione si basa sulla **procedimentalizzazione** delle **varie fasi** dell'attività d'impresa, che si realizza attraverso la creazione di un organigramma, la formalizzazione delle procedure e la predisposizione di un sistema di rilevazione contabile. Costituisce parte integrante dell'assetto organizzativo anche il **sistema di controllo interno e gestione dei rischi**, il quale è volto a identificare, misurare, gestire e monitorare i principali rischi. La visione prospettica che esso deve assumere, al fine di prevenire le situazioni di crisi dell'impresa, implica che l'attenzione dev'essere rivolta alla pianificazione finanziaria attraverso i bilanci di previsione e i connessi sistemi di raccolta dati che consentano di verificarne con tempestività gli scostamenti.

L'**adeguatezza** degli assetti così predisposti è da valutare sotto un **duplice profilo**: quello della loro effettiva **efficacia** di intercettare le situazioni di difficoltà rilevanti dell'impresa e quello della **proporzionalità** rispetto alle caratteristiche dell'impresa. In altri termini, la predisposizione di un assetto adeguato deve comunque mirare a un equilibrio tra costi e benefici nel senso che un assetto potrebbe essere considerato non adeguato, non solamente perché carente, ma anche perché ritenuto sovrabbondante rispetto alle dimensioni dell'impresa.

Adeguati assetti e flussi informativi

La circolare sottolinea l'importanza, nella predisposizione degli adeguati assetti, dei **flussi informativi** tra i vari organi sociali e, nei casi di società appartenenti a **gruppi** di imprese, tra gli organi sociali delle società sottoposte a direzione e coordinamento e la capogruppo. Rifacendosi alle norme imperative e alla prassi di riferimento delle società quotate, si possono avere: i) informazioni e documentazione, a cadenza tendenzialmente annuale, che riguardano l'illustrazione delle caratteristiche dell'assetto organizzativo in termini di presidi di controllo, sistemi informatici utilizzati per il reporting, flussi informativi e punti di attenzione, metriche, gestione rischi finanziari e operativi; ii) relazioni, con cadenza almeno semestrale (che può essere

trimestrale per quelle società che pubblicano, in via volontaria, informazioni finanziarie periodiche trimestrali), dei dati economico-finanziari di consuntivo e dei dati previsionali; iii) piani di budget e piani pluriennali. Tutto questo complesso set informativo è innanzitutto appannaggio dell'**organo amministrativo** a cui compete monitorare il prevedibile andamento gestionale e il connesso equilibrio finanziario e, in seconda battuta, dell'**organo di controllo**, nell'ambito del generale dovere di vigilanza previsto dall'articolo 2403 c.c. Sotto quest'ultimo punto, la circolare esclude che possano essere previste ulteriori informazioni previsionali con scansione temporale diversa rispetto a quelle destinate all'organo amministrativo. In altri termini, venuto meno, con l'eliminazione del sistema dell'allerta, l'obbligo specifico per i sindaci di verificare che l'organo amministrativo verifichi costantemente l'equilibrio economico-finanziario dell'impresa, **non** vi è spazio per un **set informativo speciale** per i sindaci **diverso** da quello previsto per il consiglio di amministrazione (tenuto altresì conto che il Collegio sindacale acquisisce le medesime informazioni in possesso dell'organo amministrativo, partecipando alle riunioni di quest'ultimo). Ciò tuttavia non esclude che, in caso di difficoltà, le informazioni periodiche possano avere una cadenza più ravvicinata.

Responsabilità dell'organo amministrativo

La **mancata osservanza** degli **obblighi** previsti dall'articolo 2086 c.c. può concretizzarsi in quattro differenti comportamenti: i) **mancata istituzione** dell'assetto organizzativo; ii) istituzione di un assetto organizzativo **non adeguato**; iii) **mancata adozione** o adozione tardiva di misure di reazione rispetto alle situazioni di crisi o di precrisi; iv) adozione di misure **non efficaci**. Se, dal punto di vista della responsabilità civile in capo all'organo amministrativo, la mancata adozione degli assetti è di per sé fonte di responsabilità, configurandosi quale grave irregolarità gestoria, la responsabilità derivante dall'adozione di assetti non adeguati o di misure non efficaci deve, viceversa, essere tralasciata alla luce del principio giurisprudenziale della *business judgment rule*. Secondo tale criterio, le scelte gestorie degli amministratori (tra cui rientrano anche le scelte di tipo organizzativo) **non** possono essere **sindacate nel merito** dall'autorità giudiziaria a condizione che tali scelte appaiano razionali, non connotate da imprudenza e accompagnate da verifiche idonee. Inoltre, la verifica da parte del giudice della sussistenza dei predetti requisiti andrà condotta in un'ottica *ex ante*, ovvero sulla base delle informazioni conosciute o conoscibili al momento in cui le decisioni gestorie sono state prese.

Doveri dell'organo di controllo in situazione di difficoltà economica

Secondo Assonime, se con l'abrogazione dell'istituto dell'allerta, è venuto meno l'obbligo specifico per i sindaci di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario ed il prevedibile andamento della gestione, tale forma di vigilanza rientrerebbe comunque tra le competenze dei sindaci in base alla norma generale, contenuta nell'articolo 2403 c.c. che impone all'organo di controllo la **vigilanza sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento** degli assetti organizzativi.

In realtà, questo punto della circolare **non** appare particolarmente **chiaro** nella misura in cui sembrerebbe in contraddizione con quanto affermato alla precedente pag. 19 in tema di informativa ai sindaci, là dove si era escluso che, proprio in ragione del venire meno dell'obbligo specifico di verifica della sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario, i sindaci potessero pretendere delle relazioni aggiuntive, rispetto a quelle periodiche richieste dall'organo di gestione. Se, infatti, la vigilanza sulla costante valutazione, da parte dell'organo di controllo, della sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario ed il prevedibile andamento della gestione viene richiamata non più in base ad una norma specifica, bensì invocando il generale dovere di vigilanza sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento degli assetti, non si vede perché i sindaci non possano chiedere ulteriori relazioni e documenti, rispetto a quelli predisposti per il management.

La circolare, viceversa, coglie nel segno là dove osserva che all'obbligo specifico connesso alle abrogate

misure d'allerta si è sostituito un **nuovo obbligo specifico** consistente nel dovere di segnalare all'**organo amministrativo** la sussistenza dei **presupposti** per accedere alla **composizione negoziata della crisi**.

Segnalazione dei sindaci sulla sussistenza dei requisiti per la composizione negoziata

In base all'articolo 25-*octies* CCII l'organo di controllo deve segnalare all'organo amministrativo la **sussistenza** dei **presupposti** per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto nella **composizione negoziata** (ovvero: esistenza di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'impresa, che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, e ragionevole possibilità di risanamento). Secondo il documento Assonime tale specifico dovere di segnalazione si inserisce nel più generale **dovere di vigilanza sulle condotte degli amministratori** imposto dall'articolo 2403 c.c., completando così un sistema di monitoraggio e gestione della crisi esclusivamente interno alla società, che, da un lato, rimette alla discrezionalità degli amministratori le scelte di intervento per il superamento della situazione di difficoltà dell'impresa, e, dall'altro, attribuisce all'organo di controllo un dovere di impulso all'attivazione tempestiva degli opportuni rimedi.

Sempre l'articolo 25-*octies* CCII prescrive che la segnalazione deve contenere la fissazione di un **congruo termine** (in ogni caso non superiore a 30 giorni) entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. Osserva Assonime che la segnalazione – che dev'essere fatta per iscritto e con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione (ad es. via pec) – fissa un momento temporale certo a partire dal quale l'eventuale inerzia da parte dell'organo amministrativo è indice di **potenziale responsabilità per omessa attivazione**.

A riguardo, tuttavia, occorre rilevare che l'omessa o inadeguata risposta da parte degli amministratori o la loro mancata attivazione non comporta l'avvio di alcun procedimento esterno all'impresa (come, viceversa, previsto nell'abrogato sistema di allerta che imponeva a sindaci e revisori di procedere alla segnalazione all'OCRI). Da ciò discende che gli unici rimedi che rimangono in capo ai sindaci di fronte al comportamento inerte o non adeguato degli amministratori sono rappresentati dagli ordinari strumenti di diritto societario. Il riferimento è, in particolare, al rimedio previsto dall'articolo 2409 c.c. che consente ai sindaci di **denunciare** i fatti al tribunale quando vi sia il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società.

Un ulteriore e ben più estremo rimedio è rappresentato dalla legittimazione dei sindaci, oggi prevista dal secondo comma dell'articolo 37 CCII, di richiedere l'apertura della **liquidazione giudiziale** nell'eventualità che la situazione di crisi sia già sfociata in vera e propria insolvenza.

La circolare si sofferma anche sulla segnalazione prevista dall'articolo 25-*novies* CCII in capo ai **creditori pubblici qualificati** i quali, in presenza di debiti tributari e contributivi scaduti oltre determinate soglie, debbono informare l'organo di controllo e invitare l'organo amministrativo a valutare la possibilità di ricorrere alla composizione negoziata, se ne ricorrono i presupposti. A riguardo, la circolare rileva che, essendo le soglie individuate dalla legge molto basse ed essendo particolarmente ristretto il periodo temporale in cui il ritardo nei versamenti è rilevante, è opportuno che l'organo di controllo, prima di procedere a sua volta alla segnalazione agli amministratori, effettui sempre un'**autonoma valutazione** in ordine alla **sussistenza delle condizioni** per accedere alla composizione, poiché la mera segnalazione proveniente dal creditore pubblico qualificato potrebbe rappresentare squilibri che, alla luce della dimensione dell'impresa, risultano irrilevanti e non rappresentano in realtà nemmeno una situazione di precrisi. Ciò non significa che la segnalazione ricevuta dai creditori pubblici possa essere ignorata, dovendo l'organo di controllo, in ogni caso, approfondire la questione attraverso la necessaria interlocuzione con l'organo amministrativo.

Vigilanza e controllo: un'ambigua sovrapposizione (fortunatamente) superata

di Patrizia Riva – Università del Piemonte Orientale, Dottore Commercialista

Gli amministratori hanno l'obbligo di vagliare e adottare le misure più idonee per consentire il risanamento tempestivo della situazione dell'impresa, prima che la stessa si aggravi portando prima alla crisi e poi all'insolvenza. È in capo agli amministratori l'obbligo di verificare il raggiungimento o meno degli obiettivi di gestione, come pianificati, e valutare se i flussi finanziari consentano di procurare i mezzi necessari per la gestione e di regolare le passività in scadenza. In caso di difficoltà, gli amministratori sono tenuti a predisporre piani strategici attendibili, diversi e in discontinuità rispetto a quelli in essere, che consentano di valutare se sia possibile giungere ad un *turnaround* sostenibile oppure se sia necessario cessare l'attività stessa e liquidare il patrimonio in forma volontaria, ovvero nell'ambito di una procedura concorsuale. La verifica dell'esatto adempimento degli obblighi in capo agli amministratori spetta all'organo di controllo societario, ossia al solo Collegio sindacale, chiamato ad esercitare il potere di vigilanza.

Revisione contabile e vigilanza: la corretta distinzione tra obblighi e funzioni

In passato, l'art. 2403 c.c. prevedeva tra i doveri del Collegio sindacale la funzione di controllo del bilancio: la norma imponeva *ab origine* a tale organo letteralmente l'obbligo di accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2425 c.c. per la valutazione del patrimonio sociale. A seguito della riforma del diritto societario attuata con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, fu introdotto l'istituto del "controllo contabile" di cui all'art. 2409-bis c.c., sostituito successivamente dalla "revisione legale"¹.

Quest'ultima funzione è distinta dalla vigilanza, anche se esercitabile dal medesimo organo, e cioè dal Collegio sindacale se composto da revisori iscritti nell'apposito registro, per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato. L'inserimento della revisione contabile nell'ordinamento nazionale, quale funzione distinta dalla vigilanza, ha indotto qualche interprete e talvolta anche il Legislatore a confondere i ruoli dei due organi societari incaricati del "controllo", i quali in realtà hanno compiti ben distinti.

Questa "confusione" ha comportato la formulazione infelice di alcune norme, **dando origine a un'ambiguità**, parzialmente eliminata nel 2021 dal D.L. 118/2021 e successivamente nel 2022 dalla definitiva emanazione del C.C.I.. Tale ambiguità poteva peraltro già essere fugata mediante un'interpretazione sistematica della normativa. Innanzitutto, la funzione di "controllo" non comprende più le attività di verifica

1) Con la direttiva 2006/43/CE la revisione contabile, standardizzata a livello internazionale mediante i principi di revisione, è stata introdotta nell'ordinamento europeo e recepita in Italia con il D.Lgs. 27 gennaio 2010 n. 39, nonché con la direttiva 2014/56/UE, attuata con il D.Lgs. 17 luglio 2016, n. 135.

dell'attendibilità del bilancio, ora costituite dalla revisione contabile che, ove obbligatoria per legge, è definita "revisione legale". La **finalità della revisione** è l'espressione di un giudizio da parte del revisore in merito al fatto se il bilancio sia redatto, in tutti gli aspetti significativi, in conformità al quadro normativo² e quindi sia redatto con chiarezza e rappresenti in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio; inoltre, il revisore legale o la società di revisione legale verificano, nel corso dell'esercizio, la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione consuntivati nelle scritture contabili³.

Sono completamente diverse le attività di "controllo" ovvero di "vigilanza", che sono affidate, nel sistema di *governance* tradizionale, al Collegio sindacale o, in alternativa, nelle sole società a responsabilità limitata, al Collegio o al Sindaco unico.

In origine, l'art. 14 C.C.I., ora fortunatamente soppresso, disponeva gli stessi obblighi in capo sia all'organo di controllo sia al revisore in relazione agli indizi della crisi. Tale disposizione era caratterizzata da una doppia ambiguità: sia nella rubrica "*Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari*" (al plurale), che sembrava erroneamente comprendere fra gli organi di controllo anche il revisore, sia nel testo di legge, che adombrava l'attribuzione al revisore di compiti di vigilanza ad esso per definizione non spettanti. Tutto ciò ha comportato svariate interpretazioni da parte della dottrina per cercare di attribuire alla disposizione in questione un senso coerente con il sistema.

L'errore è stato eliminato dall'art. 15 del D.L. 118/2021, il quale non ha più fatto riferimento al revisore o alla società di revisione, ma al solo Collegio. Nel luglio 2022 il testo è stato poi trasfuso nel nuovo art. 25-*octies* del C.C.I., rubricato "*Segnalazione dell'organo di controllo*" (al singolare), che, appunto, regola i compiti di segnalazione del Collegio sindacale.

Le competenze del Collegio sindacale

La **distinzione** fra le due funzioni e i relativi obblighi, anche in relazione alla gestione della crisi, è **fondamentale** per individuare con precisione i diritti e i doveri dei soggetti coinvolti che sono professionisti esperti dotati di specifici requisiti professionali.

Al Collegio sindacale non compete un controllo di merito sull'opportunità e la convenienza delle scelte di gestione degli amministratori, bensì la verifica degli aspetti di legittimità delle scelte stesse. La vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione si sostanzia nel verificare la conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di razionalità economica, senza valutare l'opportunità gestionale della scelta. Il Collegio sindacale, anche tramite la partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione, ovvero sulla base delle informazioni assunte o ricevute dagli amministratori o dal soggetto incaricato della revisione legale, vigila che gli amministratori osservino l'obbligo della diligenza nell'espletamento del loro mandato disposto dall'art. 2392 c.c. La vigilanza sul comportamento diligente degli amministratori non riguarda il merito delle loro scelte di gestione, bensì solo il modo in cui esse sono state compiute. È valutato in particolare **il grado di consapevolezza degli amministratori** circa:

- l'assunzione di rischi connessa con le decisioni adottate,
- il grado di rilevanza degli stessi,
- l'efficacia delle eventuali misure di mitigazione individuate.

Pertanto, è richiesto ai Sindaci di avere cognizione delle modalità istruttorie che precedono e caratterizzano il procedimento decisionale posto in essere dagli amministratori che, però naturalmente, restano gli unici soggetti preposti e, di conseguenza responsabili, delle scelte gestionali. L'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile è responsabilità degli amministratori, mentre è del Collegio sindacale la responsabilità di vigilare su tale adeguatezza e sul suo funzionamento.

2) Principio di revisione internazionale (ISA Italia) 200.

3) Art. 14 D.Lgs. 39/2010.

I requisiti di adeguatezza di una struttura organizzativa aziendale, condizione necessaria per un buon sistema di controllo interno, riguardano principalmente:

- la conformità alle dimensioni della società e alla natura e modalità di perseguimento dell'oggetto sociale;
- la chiara identificazione delle linee di responsabilità nell'organigramma aziendale;
- la documentazione di direttive e procedure aziendali e la loro effettiva conoscenza da parte degli addetti alle specifiche mansioni;
- l'adeguata competenza del personale addetto a svolgere le funzioni assegnate.

La vigilanza del Collegio sindacale sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile richiede l'acquisizione di informazioni dall'organo amministrativo e, quando presente, in particolare nell'ambito di questo, dal comitato di controllo e rischi, nonché dalla funzione di controllo interno, dall'organismo di vigilanza e dal soggetto incaricato della revisione legale mediante l'esame delle loro relazioni e gli incontri periodici. I Sindaci segnalano agli amministratori e al soggetto incaricato della revisione legale gli eventuali punti di debolezza riscontrati nell'assetto organizzativo aziendale, sollecitando interventi correttivi e verificandone l'efficacia⁴.

Se la revisione è fondamentale per valutare il grado di affidabilità dell'informativa contabile, al Collegio sindacale sono affidati **specifici compiti di intervento** sulla base delle informazioni fornite dalla direzione aziendale e di quelle ricevute dai revisori in relazione ai controlli da essi svolti, ai sensi dell'art. 2409-septies c.c. L'intercettazione tempestiva dei segnali di crisi richiede innanzitutto la vigilanza circa l'istituzione e il corretto funzionamento di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale ex artt. 2086 e 2381, comma 5, c.c.

Si rende inoltre necessario il monitoraggio costante circa il comportamento diligente degli amministratori, il rispetto di tutte le norme statutarie, legislative e regolamentari cui la società è tenuta, l'assenza di operazioni estranee all'oggetto sociale, in conflitto di interessi ovvero imprudenti o azzardate, che comportano l'assunzione di rischi non strutturalmente mitigabili, nonché la sussistenza dell'equilibrio patrimoniale, economico e finanziario. Tale **monitoraggio** avviene acquisendo le necessarie informazioni mediante gli strumenti previsti dal Legislatore e in particolare:

- lo svolgimento delle verifiche sindacali periodiche (art. 2404 c.c.);
- la partecipazione alle riunioni degli organi sociali (art. 2405 c.c.) o ad altri incontri o a seguito di richieste specifiche;
- l'informativa periodica fornita dagli amministratori circa l'andamento generale della gestione e la sua prevedibile evoluzione, nonché le operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate (art. 2381, comma 5, c.c.);
- gli atti di ispezione e controllo (art. 2403-bis c.c.);
- lo scambio di informazioni con i revisori (art. 2409-septies c.c.).

La problematica delle Srl

È necessario ricordare in questa sede che, prima dell'approvazione del C.C.I., sfuggivano al rigoroso sistema di controlli previsto dal Legislatore numerosissime società a responsabilità limitata ossia tutte quelle che non superavano due dei parametri relativi ai ricavi (8,8 milioni di euro), all'attivo (4,4 milioni di euro) e al numero di dipendenti (50 occupati in media durante l'esercizio) previsti dall'art. 2435-bis c.c. La trasparenza dell'informazione contabile fornita dalle società che non superavano tali parametri dimensionali risultava inoltre notevolmente compromessa dalla carenza informativa consentita nel bilancio abbreviato, redigendo il quale si possono del tutto omettere il rendiconto finanziario e la relazione sulla gestione.

Tale falla nel sistema dei controlli societari è stata ulteriormente allargata negli anni 2011 e 2012 a seguito

4) Riva P., Difino M., *Amministratori, organo di controllo e revisore: i doveri*, in Nuovo codice della crisi d'impresa – 1. Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi, Il Sole 24 ORE, 2022.

delle modifiche all'art. 2477 c.c. approvate con procedura d'urgenza, sotto la spinta dell'emergenza finanziaria, con il dichiarato scopo di ridurre gli oneri per le società. Tali modifiche, tuttavia, hanno prodotto l'effetto di indebolire la disciplina del controllo societario consentendo alle società a responsabilità limitata, anche di rilevanti dimensioni, di sottrarsi alla vigilanza obbligatoria del Collegio sindacale ovvero del Sindaco unico. Stabilisce infatti il primo comma del citato articolo che vi sia alternativamente la nomina dell'organo di controllo o del revisore. A fronte di un modesto risparmio nei bilanci delle società interessate, è stata di conseguenza pregiudicata l'applicazione generalizzata del sistema dei controlli che era stata definita accuratamente dal Legislatore nel corso di svariati anni a seguito di approfonditi dibattiti tecnici. Purtroppo, il novellato art. 2477 c.c. non ha ancora eliminato del tutto l'ambiguità relativa all'obbligo delle distinte funzioni di vigilanza e di revisione introdotta negli anni della crisi globale. La poco felice formulazione dell'articolo sopracitato, che prevede l'obbligo della nomina dell'organo di controllo o del revisore, si può prestare a un'interpretazione letterale – ma superficiale – secondo cui le società a responsabilità limitata potrebbero scegliere il tipo di controllo a cui sottoporsi (vigilanza o revisore), evitando uno dei due a propria discrezione. L'elaborazione del Codice della crisi non ha posto rimedio alle criticità causate nel sistema dei controlli delle Srl dalle improvvise modifiche alla lettera del citato articolo introdotte ormai un decennio orsono. Si è persa l'occasione di ripristinare esplicitamente l'obbligo di nomina sia dei Sindaci sia dei revisori anche in questo tipo di società. Ciò sarebbe stato intervento prezioso e avrebbe in ogni caso permesso di risolvere le criticità relative alla supposta **onerosità dei controlli** per le realtà più piccole, tenendo ben presente il fatto che è sempre possibile nominare **un solo controllore ossia il Sindaco unico** attribuendo però a quest'ultimo **anche il controllo contabile** in modo tale da avere sì un unico soggetto di riferimento, ma un soggetto dotato di tutti i poteri di intervento necessari per il corretto funzionamento dei sistemi di segnalazione *ex ante* introdotti con il Codice della crisi.

Va però attenzionato ed enfatizzato il fatto che, come è stato rilevato da numerosi e autorevoli commentatori, ivi compreso il Consiglio Nazionale del Notariato, non vi è motivo per differenziare il sistema dei controlli delle Spa da quello delle Srl, poiché la necessità dei controlli – vigilanza e revisione – dipende dai parametri dimensionali e non dai rapporti fra i soci.

Del resto, l'interpretazione sistematica della norma, secondo cui al superamento dei parametri è necessario istituire sia la funzione di vigilanza sia la revisione contabile a tutela del patrimonio sociale e dei diritti degli stakeholder, risulta spesso applicata nella prassi. Infatti, sono numerose le società a responsabilità limitata che decidono di nominare sia l'organo di controllo sia il revisore, valutando che solo in tal modo l'assetto organizzativo possa considerarsi ben strutturato.

Tale scelta contribuisce all'adeguatezza dell'assetto societario e, oltre a essere obbligatoria per legge, tutela i soci e gli amministratori diligenti anche in relazione alle responsabilità in cui essi potrebbero altrimenti incorrere.

Il Collegio sindacale e la funzione dell'Organismo di Vigilanza

di Luigi My – Presidente UNGDCEC Milano

La pubblicazione, da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, delle “Norme di comportamento del Collegio sindacale nelle società non quotate”, pone l’attenzione sulla questione, invero dibattuta, se sia corretta, dal punto di vista tecnico-giuridico, e consigliabile, dal punto di vista pratico, la scelta di **affidare al Collegio sindacale anche i compiti dell’Organismo di Vigilanza**. In tale documento, infatti, si rammenta che la funzione di OdV può essere affidata al Collegio sindacale in base ad un espresso dato normativo (l’art. 6, comma 4-*bis*, D.Lgs. 231/2001); se ne deduce che il Legislatore, quando ha scritto la norma, ha ritenuto che la coincidenza delle due funzioni in un unico organo non comporti la sovrapposizione di ruoli e dunque non comprometta l’indipendenza dell’OdV.

Nel caso in cui il doppio ruolo sia affidato alle **stesse persone**, le due funzioni dovranno rimanere distinte, tanto che dell’attività svolta ex D.Lgs. 231/2001 occorrerà dare contezza in verbali ed in carte di lavoro separati rispetto al libro delle adunanze e delle deliberazioni del Collegio sindacale.

La questione è abbastanza dibattuta.

Giuridicamente, la norma riguardante la composizione, i doveri e i poteri del Collegio sindacale trova fondamento negli artt. 2397 ss. del c.c., mentre l’OdV viene disciplinato dagli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001, dove per la composizione dello stesso ha previsto che «negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lett. b), comma 1, possono essere svolti direttamente dall’organo dirigente» e, a partire dal 2012, ammette, *expressis verbis*, che «nelle società di capitali il Collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell’Organismo di Vigilanza di cui al comma 1, lettera b)».

È quindi opportuno unire alle norme primarie sopra riportate anche **le fonti “secondarie”** costituite, nel caso di specie, seppur con valenza meramente indicativa, dalle **linee guida delle associazioni di categoria**. In particolare, costituiscono un punto di riferimento generale le “Linee guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.Lgs. 231/2001”, adottate da Confindustria nel 2014 e aggiornate nel 2014, le quali prevedono che i membri dell’Organismo di Vigilanza debbano essere selezionati in modo da assicurare l’«autonomia e indipendenza», la «professionalità» e la «continuità d’azione» dell’organo stesso.

Con riguardo alle **società pubbliche o in controllo pubblico**, anche l’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) è intervenuta sul tema della composizione dell’OdV, **escludendo** che dello stesso possa far parte colui che ricopre la qualifica di Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza.

Astrattamente quindi è ammissibile che il Collegio sindacale sia nominato anche OdV, ma ciò non implica che in ogni caso sia ammissibile o sempre giuridicamente possibile. Anche lo stesso **CNDCEC**, a mezzo del documento “Principi consolidati per la redazione dei Modelli organizzativi e l’attività dell’Organismo di Vigilanza e prospettive di revisione del D.Lgs. 231/200122”, aveva preso una **posizione più cauta**, rile-

vando che, se da un lato, dalla coincidenza dei due organi, può trarsi – soprattutto nelle PMI – una maggior efficienza del sistema dei controlli e una migliore diffusione e maggiore tempestività dei flussi informativi, dall'altro l'assegnazione del duplice ruolo ad un unico organo deve essere oggetto di attenta valutazione, per evitare in concreto l'insorgere di possibili conflitti d'interesse o di carenze del sistema di controlli.

In definitiva, le **PMI** saranno più propense a percorrere l'opzione del “**doppio incarico**” soprattutto negli enti caratterizzati da una minore complessità strutturale, dove è più sentita l'esigenza di razionalizzazione dei controlli interni, nonché nelle aziende che non hanno specifiche esigenze di articolazione di controllo della *governance*, anche in ragione della natura degli *stakeholder* di riferimento.

Le posizioni a sostegno e quelle contrarie al “doppio incarico”

Vi sono argomenti a sostegno dell'opzione doppio incarico Collegio sindacale-OdV e argomenti contro il doppio incarico.

Un primo argomento a **sostegno** della possibilità, per il Collegio sindacale, di rivestire anche il ruolo di OdV è certamente costituito dal (chiaro) **dato normativo**, di cui si è riferito. D'altronde, il citato art. 6, comma 4-*bis*, del D.Lgs. 231/2001 è stato introdotto una decina d'anni dopo l'approvazione del Decreto, sicché esso, più che frutto di una svista, pare essere il risultato di una scelta (se non meditata, quanto meno) consapevole del Legislatore.

L'intervento novellistico si deve all'art. 14 della Legge 183/2011, rubricato “Riduzione degli oneri amministrativi per imprese e cittadini” e anche la collocazione sistematica della sopravvenuta previsione normativa non pare casuale: la norma *de qua* è stata inserita subito dopo il comma 4, che si occupa degli “Enti di piccole dimensioni”. Sicché è evidente che l'ottica nella quale si è mosso il Legislatore è stata quella della **semplificazione** e dell'alleggerimento degli oneri amministrativi a carico delle piccole imprese.

Una **seconda motivazione a supporto** dell'opzione del cumulo può essere ritrovata nell'opportunità di **evitare la duplicazione di compiti e funzioni**. Da un lato, si potrebbe sostenere che il Collegio sindacale e l'Organismo di Vigilanza siano chiamati a svolgere compiti non troppo dissimili: il Collegio sindacale deve vigilare sul rispetto della legge, dello statuto, dei principi di corretta amministrazione, nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e del sistema dei controlli interni, mentre all'Organismo di Vigilanza è demandato di verificare se i protocolli comportamentali di cui l'ente si è dotato siano adeguati, sufficienti, aggiornati ed effettivamente rispettati.

Peraltro, l'eventuale commissione di reati presupposto, con conseguente applicazione delle relative sanzioni, può avere effetti significativi sugli equilibri economico-finanziari della società e sulla stessa continuità aziendale, sicché, anche in relazione agli obblighi introdotti dal nuovo comma 2, art. 2086 c.c., la valutazione dell'adeguatezza di tali assetti ad opera del Collegio sindacale **non può prescindere da una verifica delle misure organizzative** volte a ridurre entro limiti di accettabilità/tollerabilità il rischio di commissione di eventuali reati-presupposto.

In terzo luogo, l'opzione «Collegio sindacale-OdV» può giovare dell'opinione espressa dalla **Banca d'Italia**, secondo la quale negli istituti di credito «l'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'Organismo di Vigilanza – eventualmente istituito ai sensi del D.Lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti – che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli di organizzazione e di Gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo decreto Legislativo». Per contro, la scelta di affidare le diverse funzioni a due organi di controllo distinti è qualificata come meramente «possibile» e, comunque, da supportare tramite «adeguata motivazione».

Tale opinione, benché largamente criticata in dottrina, non può essere trascurata, vuoi per l'autorità da cui essa promana, vuoi perché si indirizza ad enti che solitamente hanno dimensioni medio-grandi e che quindi non dovrebbero avere difficoltà né organizzative né economiche a sopportare la scelta dell'«affidamento disgiunto». Le norme evidenziano che, in presenza dell'Organismo di Vigilanza e, nel caso in cui esso non sia composto in parte da Sindaci ovvero non sia affidata al Collegio sindacale la relativa funzione, il Collegio

acquisisca informazioni al fine di verificare gli aspetti inerenti all'autonomia richiesta dal Legislatore per l'efficace esercizio delle funzioni assegnate all'Organismo di Vigilanza stesso.

Pur a fronte delle argomentazioni che si sono ripercorse sopra, la **dottrina prevalente** si è espressa in maniera **piuttosto critica** rispetto alla possibilità di far totalmente coincidere l'Organismo di Vigilanza con il Collegio sindacale. Ciò essenzialmente per ragioni che attengono ai requisiti di **autonomia/indipendenza** e di **professionalità/competenza** che devono qualificare i membri dell'OdV e caratterizzare l'operato di essi. Con riguardo al profilo (autonomia/indipendenza), si è messo in evidenza come alcune fattispecie incriminatrici richiamate dall'art. 25-ter D.Lgs. 231/2001 annoverino i Sindaci tra i **soggetti attivi del reato**. È il caso, in particolare, delle false comunicazioni sociali (artt. 2621, 2621-bis e 2622 c.c.); della corruzione tra privati (art. 2635 c.c.) e dell'ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.). Sicché, nel caso il Collegio sindacale assuma anche la funzione di Organismo di Vigilanza, c'è il rischio – si dice – che il controllore venga a sovrapporsi al controllato. Tale situazione sarebbe ovviamente suscettibile di compromettere, almeno astrattamente, l'autonomia/indipendenza, oltre che del Collegio sindacale, anche dell'Organismo di Vigilanza e la giurisprudenza, dal canto suo, ha più volte affermato che quello dell'**indipendenza è un requisito essenziale** dell'OdV, con una conseguenza tanto ovvia quanto dirompente: l'ente dotato di un OdV non indipendente è **come l'ente che non si sia attivato** in nessun modo per far fronte alla problematica sollevata dal D.Lgs. 231/2001. Ma senza OdV, il Modello organizzativo non è completo e, quindi, non può avere efficacia esimente. In altri termini, il fatto che l'ente abbia adottato ed attuato protocolli comportamentali interni, anche eventualmente idonei alla prevenzione dei reati contemplati dal Decreto, non ha valenza esimente nel caso in cui l'Organismo di Vigilanza non sia stato nominato o nell'ipotesi in cui il compito della vigilanza sia stato affidato ad un organismo non indipendente.

Con riguardo invece al profilo **professionalità/competenza**, va tenuto conto che all'Organismo di Vigilanza è demandato il compito di vigilare sull'adeguatezza, sull'effettiva implementazione e sul rispetto dei protocolli interni aventi la funzione di **prevenire una serie di reati-presupposto più ampia** di quella che potrebbe essere adeguatamente vigilata da professionisti aventi estrazione commercialistico-aziendalistica o legale e dunque idonei per ricoprire la carica di Sindaco.

Così schematizzato, si può assumere che, in astratto, il Collegio sindacale abbia la capacità tecnica di vigilare – oltre che sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo – sui processi mappati come connessi ai reati societari (art. 25-ter D.Lgs. 231/2001, fermo quanto detto sopra), ai delitti in materia di ricettazione, riciclaggio ed auto-riciclaggio (art. 25-octies) ovvero agli illeciti in materia fiscale (art. 25-quinquiesdecies) o di contrabbando (art. 25-sexiesdecies); ma, allo stesso modo, è legittimo ipotizzare che, stante anche l'elevato tecnicismo della normativa complementare, il Collegio sindacale possa non essere adeguatamente attrezzato per occuparsi di delitti contro la pubblica amministrazione (art. 25), di reati in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro (art. 25-septies) ovvero di illeciti ambientali (art. 25-undecies).

Sicché l'opzione di un «Collegio sindacale-OdV» potrebbe **rivelarsi non in sintonia con la competenza**, che, invece, deve caratterizzare entrambi detti organi. La professionalità/competenza andrà quindi **valutata nel caso concreto**, sulla base dei rischi mappati nel Modello organizzativo adottato dall'ente e tenendo altresì conto di un'altra caratteristica che deve avere l'attività dell'OdV, ovvero la **continuità d'azione**. In altre parole, l'OdV dovrà essere composto in maniera tale da fornire un **adeguato** (rif. professionalità/competenza) e **continuativo** (rif. continuità d'azione) presidio rispetto ai rischi presenti nella singola società.

Circa lo *status* giuridico dei due organi di controllo, si sottolinea come il **Collegio sindacale** sia titolare di una **responsabilità penale** da omesso impedimento dell'evento (*ex* art. 40, comma 2 c.p. e art. 2047 c.c.), mentre tale responsabilità non sarebbe rintracciabile in capo all'Organismo di Vigilanza. Sicché affidare al Collegio sindacale anche i compiti dell'OdV **rischierebbe di estendere la responsabilità** propria del primo anche al secondo.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte si può affermare che la nomina del Collegio sindacale quale Organismo di Vigilanza delle società è ammessa dalla legge, ma tale facoltà non va letta quale deroga ai generali requisiti di autonomia/indipendenza e di professionalità/competenza, che devono caratterizzare la composizione e il mandato dell'OdV, bensì un tutt'uno con essi.

Lo **scambio di informazioni** tra i due organi di controllo, in un'ottica di osmosi informativa, continua e perdurante, risulta di fondamentale importanza per il corretto svolgimento delle attività di propria competenza. Il Modello di Organizzazione costituisce il fulcro delle attività dell'OdV, ma rientra anche nel più ampio perimetro dell'attività di controllo del Collegio sindacale chiamato a verificare, tra le altre cose, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa e il rispetto delle norme; allo stesso tempo l'OdV, vigilando sul corretto funzionamento e osservanza del Modello di Organizzazione, ha necessità di ricevere idonei flussi informativi dai Sindaci.

Il ruolo del Collegio sindacale nel Codice civile

di Fioranna Negri – Presidente Commissione Diritto Societario

Il ruolo dell'**organo di controllo** è disciplinato da una serie di norme rilevabili nel Codice civile, nel Codice della crisi dell'impresa, nel Codice del terzo settore, nel Codice di autodisciplina della Borsa italiana e nell'art. 149 del TUF. Mettendo insieme tutte le informazioni raccolte, si arriva a comporre un elenco numeroso di **compiti e funzioni** ad esso attribuiti dal Legislatore.

Alcuni di questi compiti sono circoscritti a **circostanze specifiche**, altri, invece, hanno un impatto molto **più pervasivo** sull'attività del Collegio, facendo gravare su di esso **doveri, e quindi responsabilità rilevanti** che non sempre risultano chiaramente definiti e i cui **confini** vengono poi, spesso tracciati dalla giurisprudenza dopo il verificarsi di un evento negativo. Il dovere di garantire l'osservanza della legge è, infatti, una **formulazione così generica** da non consentire di circoscrivere un ambito di applicazione specifico.

Come indicato dal **CNDCEC, nelle Norme di comportamento**, che dovrebbero sempre rappresentare un **parametro di riferimento** anche in **ambito giurisprudenziale**, il dovere di vigilanza del Collegio sindacale è un compito di **alta sorveglianza**.

Con l'introduzione del Codice della crisi d'impresa, l'organo di controllo deve adottare anche un **approccio valutativo prospettico**, grazie alla quale riuscire ad intercettare i segnali di una eventuale situazione di squilibrio che possa rendere probabile la crisi o l'insolvenza. La **norma**, inoltre, richiede che il Sindaco valuti l'eventuale **prospettiva di risanamento** dell'impresa, che è forse la **novità maggiormente rilevante** introdotta dal Codice della crisi d'impresa, senza, però, fornirgli **strumenti idonei** per svolgere questo compito.

Infatti, **quali strumenti** ha a disposizione il Collegio per valutare nella prospettiva di risanamento la necessità di richiedere la liquidazione giudiziale?

La prima risposta che viene in mente è l'utilizzo dei **flussi finanziari futuri** che l'impresa può esprimere con le risorse che riesce a procurarsi.

Qui emerge, secondo me, un **problema di standard di riferimento** sia sugli adeguati assetti organizzativi, sia sulla determinazione dei flussi finanziari futuri. Senza **indicazioni autorevoli** su questi due aspetti gli esiti delle attività dell'organo di controllo saranno sempre soggetti a valutazioni *ex post* da parte della magistratura.

E, inoltre, quali strumenti esistono oggi per misurare l'avverbio "**tempestivamente**", in termini di tempo a disposizione dell'organo di controllo per effettuare una scelta di valutazione fra il risanamento e la liquidazione giudiziale, posto che nel frattempo l'attività operativa prosegue?

Il ruolo del Sindaco non solo resta ancora radicato nel passato, ma viene proiettato nel futuro **senza mezzi di protezione**, e mi riferisco in particolare alla **responsabilità solidale** con gli amministratori, che potrebbe essere ricondotta solo in parte alle operazioni da loro compiute, con una obiettiva difficoltà a trovare un nesso causale.

Il ruolo del Collegio, quindi, non può che essere una funzione di **alta sorveglianza** sull'operato degli amministratori e questa visione, se **adottata in maniera sistematica dalla giurisprudenza**, potrebbe consentire di valutare il solo eventuale profilo colposo dell'operato dell'organo di controllo, evitando, così, il **pericolo** di trasferire sull'organo di controllo il **rischio d'impresa**.

Considerato lo **status di strumento principale** per individuare squilibri patrimoniali, economici e finanziari, riconosciuto agli assetti organizzativi, a mio parere, **gli amministratori** dovrebbero essere **maggiormente sensibilizzati** sull'importanza di una valutazione attenta e consapevole degli assetti, forse con **strumenti più incisivi** rispetto a quelli oggi a disposizione.

Il Collegio sindacale nelle società quotate

di Emanuele Serina – Segretario Nazionale – UNGDCEC

Il Collegio sindacale delle società quotate ha peculiarità completamente, o per lo più, differenti rispetto allo stesso organo all'interno delle società non quotate. Non tanto, come si potrebbe facilmente intuire, per la natura stessa della società "controllata", ma anche perché su questo "tipo" di collegio incidono notevolmente le disposizioni dettate dal D.Lgs. 58/1998 (TUF), che di fatto hanno reso **inapplicabili o svuotati di contenuti alcuni** articoli del Codice civile. Da ricordare, inoltre, che il Collegio sindacale di società quotate riveste il ruolo di Comitato per il controllo interno e di revisione contabile, di cui all'art. 19 del D.Lgs. 39/2010, ruolo che prevede una serie di doveri e poteri tale da ergere lo stesso Collegio a "regista" assoluto di tutti i controlli societari.

Infatti il Collegio deve informare l'organo di amministrazione dell'ente sottoposto a revisione dell'esito della revisione legale, monitorare il processo di informativa finanziaria, controllare l'efficacia dei sistemi di controllo interno della qualità e di gestione del rischio dell'impresa, monitorare la revisione legale del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato, verificare e monitorare l'indipendenza dei revisori legali, essere responsabile della procedura volta alla selezione dei revisori legali o delle società di revisione legale. Oltre a ciò, deve vigilare sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento (art. 149 TUF) redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, come il Codice di Corporate Governance del gennaio 2020.

Da un punto di vista ispettivo, poi, il Collegio delle quotate ha decisamente **importanti poteri e peculiarità**. Pensiamo ad esempio a ciò che dispone l'art. 150, in particolare il comma 1, del TUF, che obbliga tutti gli amministratori a riferire tempestivamente ai Sindaci, con una **tempistica almeno trimestrale**, le **operazioni di maggior rilievo** economico, finanziario o patrimoniale del gruppo o quello ove vi possa essere un interesse proprio o per conto terzi. O ancora (art. 151, comma 2), che il Collegio sindacale può, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, **convocare** l'assemblea dei soci, il consiglio di amministrazione o il comitato esecutivo ed **avvalersi di dipendenti della società** per l'espletamento delle proprie funzioni. I poteri di convocazione e di richiesta di collaborazione possono essere esercitati anche **individualmente** da ciascun membro del Collegio, ad eccezione del potere di convocare l'assemblea dei soci, che può essere esercitato da almeno due membri. Tutti poteri questi che risultano molto più limitati nei collegi di società non quotate. Maggiori poteri non solo di funzione ispettiva e di poteri di convocazione, ma importanti obblighi, d'altro canto, anche dal punto di vista degli **obblighi di informativa** verso l'Autorità di Vigilanza, quale è la CONSOB. Sempre per disposizioni del TUF, il Collegio delle quotate (in particolare "grazie" all'art. 149, comma 3) ha già da tempo l'obbligo di **comunicare senza indugio alla CONSOB** le irregolarità riscontrate durante l'attività di vigilanza e di trasmettere alla stessa i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione. La violazione di tale obbligo, tra l'altro, è sanzionata, in via amministrativa, dall'art. 193, comma 3, del TUF.

Anche sulla **vigilanza del controllo interno** il Collegio delle quotate riveste un ruolo particolarmente rilevante. Talmente rilevante che spesso in giurisprudenza vi sono state sentenze molto significative in tal

senso. Basti pensare alla recente sentenza della Corte di Cassazione, la n. 16276 del 19 maggio 2022 (ma sono numerose le sentenze simili) che ha affermato che i doveri del Collegio sindacale non possono mai considerarsi – per così dire – “limitati” nelle società quotate dotate ovviamente di funzioni di controllo interno, in quanto «tali funzioni hanno un mero compito di ausilio e di supporto». Gli Ermellini di fatto confermano che, anche nelle quotate, l’organo di controllo non può limitarsi a ricevere indicazioni dalle funzioni di controllo interno, ma deve costantemente vigilare sulla correttezza formale e sostanziale della società, proprio per la sua funzione preventiva.

Di conseguenza, il Collegio sindacale non può limitarsi alla passiva ricezione delle eventuali indicazioni fornite da queste funzioni, ma resta tenuto ad assicurare una costante sorveglianza sulla correttezza formale e sostanziale della gestione della società. La natura del controllo di fatto – anche in tal caso viene confermato – è principalmente preventiva, al fine di rilevare eventuali anomalie nella struttura societaria o nel suo funzionamento.

Collegio, sindaco o revisore: rebus della nomina per le Srl

di Simone Brancozzi – Dottore Commercialista e Revisore legale dei conti in Fermo
Il Sole 24 Ore | 25 gennaio 2023 | NORME E TRIBUTI | p. 28

Salvo proroghe dell'ultimo momento, la nomina dell'organo di controllo o del revisore delle società a responsabilità limitata che supereranno i limiti dimensionali previsti dall'art. 2477 del Codice civile, dovrà avvenire entro la data di approvazione del bilancio d'esercizio 2022, come stabilito dal D.L. 118/2021. Purtroppo, a causa della non chiarissima formulazione dell'art. 2477, vi è ancora grande incertezza riguardo alla modalità di ottemperamento dell'obbligo di nomina. A parere dei più, e in particolare di Assonime (circolare 3/2012), l'obbligo di nomina può essere adempiuto attraverso l'assegnazione dell'incarico alternativamente a:

- o un Collegio sindacale o un sindaco unico, con eventuale funzione di revisore (in assenza di indicazioni statutarie l'organo di controllo è monocratico);
- o un revisore;
- o un Collegio sindacale o un sindaco unico e un revisore.

Infatti il comma 1 dall'art. 2477 recita: «L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore. Se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo». L'interpretazione esposta è avvalorata anche dalla recente introduzione, ad opera del Codice della crisi di impresa, del comma 7 dell'art. 2477 che stabilisce che alla Srl si applica l'art. 2409 del Codice civile anche se essa è priva di un organo di controllo. Sembra quindi che il legislatore abbia da una parte voluto riconoscere espressamente che una Srl possa essere anche priva dell'organo di controllo e dall'altra abbia deciso, in caso di assenza, di demandare alla compagine sociale la vigilanza sull'operato degli amministratori, prevedendo che i soci che rappresentano un decimo del capitale sociale possono adire al Tribunale denunciando gli amministratori per atti compiuti in violazione dei loro doveri e/o gravi irregolarità nella gestione. Non tutti, tuttavia, sono d'accordo. Le difficoltà nascono quando si vanno a considerare le diverse funzioni che la legge assegna all'organo di controllo o al revisore. Per effetto delle statuizioni del D.Lgs. 39/2010 (Testo unico della revisione) risulta infatti impossibile ipotizzare che, in caso di nomina solo del revisore, questi svolga anche l'attività di controllo sulla legalità (si veda anche il documento di ricerca Assirevi n. 247) con la conseguenza che, in tal caso, la società rimarrebbe priva dell'attività di vigilanza. Una siffatta previsione non risulterebbe priva di criticità anche se va considerato che, con l'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi di impresa, il revisore è comunque tenuto ad accertare l'esistenza di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa oltre che l'esistenza del postulato della continuità aziendale. Nel documento «Orientamenti del Comitato Triveneto dei notai approvati nel 2012» si sostiene che «al verificarsi delle ipotesi previste dai commi 2 e 3 dell'art. 2477 del Codice civile le Srl sono soggette tanto al controllo di legalità (art. 2403 del Codice

civile) quanto alla revisione dei conti (art. 14 del D.Lgs. 39/2010)», così parificando sostanzialmente la Srl alla Spa. Tale interpretazione è sorretta, a parere del Comitato, dalla previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 2477 del Codice civile, nella parte in cui la norma attribuisce al Tribunale il potere di nomina dell'organo di controllo o del revisore nel caso di inerzia dei soci. Se fosse vero che l'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore è alternativo, il Tribunale sarebbe chiamato a effettuare una scelta di merito contravvenendo alla libertà della natura negoziale del contratto societario. Vi è anche chi ha fatto notare che il comma 1 dell'art. 13 del D.Lgs. 39/2010 contempla espressamente che l'assemblea conferisca l'incarico di revisione legale su proposta motivata dell'organo di controllo, prevedendo implicitamente che, laddove si intenda procedere alla nomina di un revisore sia necessaria, ex ante, la nomina di un organo di controllo. Secondo alcuni, quindi, la nomina dell'organo di controllo e del revisore non sarebbe alternativa ma concorrente.

Il Collegio sindacale in ambito penale

di Giovanni Maria Soldi – Avvocato Penalista in Milano

L'importanza di una contestazione penale a carico del Sindaco, o del Collegio sindacale nella sua interezza, impone di delimitare quali sono i **confini della citata responsabilità**, nel rispetto della tassatività della fattispecie penale.

Nello specifico, è necessario **definire i limiti del controllo sindacale e i confini della posizione di garanzia esigibile dal Sindaco**, al fine di evitare una dilatazione incontrollata, contraria al principio di legalità e di responsabilità penale personale.

Difatti, l'art. 40 cpv. c.p., secondo cui «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo», delega all'interprete l'arduo compito di ricostruire il contenuto dei doveri e dei poteri attribuiti al Collegio sindacale.

Più concretamente, i reati ascrivibili possono essere divisi in due categorie principali:

- **reati propri**, commessi da un determinato soggetto, *cd. intraneus*, munito di una specifica qualifica quale, per l'appunto, il Sindaco, con la ricerca di un pregnante elemento soggettivo a sostegno del reato;
- reati commessi **a titolo di concorso**, nell'ambito dei quali – ai sensi dell'art. 110 c.p. – il soggetto privo di qualifica formale può concorrere quale *extraneus* nei reati propri, con un profilo più sfumato anche in termini di elemento soggettivo.

Le finalità della presente relazione impongono un **focus sulle disposizioni penali in materia fallimentare**, nello specifico in tema di bancarotta fraudolenta, giacché la prassi delle contestazioni di reato a carico dei Sindaci prevede, frequentemente, l'omesso impedimento di reati fallimentari; invero, ma saltuariamente, anche la contestazione di reati societari e, più sporadicamente, tributari.

Ebbene, **tra i reati propri**, ossia attribuibili ai Sindaci in virtù della propria qualifica di organo societario di controllo, **si annoverano**:

- art. 223 L.F (329 C.C.I.); bancarotta fraudolenta commessa da persone diverse dal fallito;
- art. 224 L.F (330 C.C.I.); fatti di bancarotta semplice;
- art. 2621 c.c.: false comunicazioni sociali;
- art. 2622 c.c. false comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o creditori;
- art. 2631 c.c.: omessa convocazione dell'assemblea;
- art. 2635 c.c.: corruzione tra privati;
- art. 2635-bis c.c.: istigazione alla corruzione tra privati;
- art. 2638 c.c.: ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

La presente analisi si focalizzerà sui profili di **responsabilità concorsuale omissiva**, in cui l'omessa attivazione dell'organo di controllo sia correlata all'obbligo giuridico di impedire il reato commesso da altri, per la semplice ragione che l'*id quod plerumque accidit* dei processi penali sul tema riguarda proprio tale responsabilità.

Come noto, la clausola di equivalenza tra commettere ed omettere di cui all'art. 40 cpv c.p. è subordinata alla sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento, a propria volta subordinato alla previa identificazione in concreto della sussistenza di poteri-doveri impeditivi in capo al titolare. In sostanza, il **necessario presupposto oggettivo**, di cui deve essere verificata la sussistenza ancora prima della valutazione dell'incidenza causale dell'omissione e della sua dolosa connotazione, è l'obbligo giuridico di attivazione espressamente previsto dalla legge al fine specifico di prevenire l'evento che si è verificato. L'origine della posizione di garanzia dell'organo di controllo viene rintracciata nel generale dovere di vigilare sulla legalità dell'azione sociale, *ex art. 2403 c.c.*, nonché nel principio solidaristico della responsabilità civile degli stessi di cui all'art. 2407 c.c.

Ebbene, la responsabilità penale dei Sindaci dipende dalla posizione di garanzia loro attribuita, che deve essere individuata in astratto e poi concretamente testata nel momento causale.

Nella prassi, tuttavia, giurisprudenza e dottrina maggioritaria hanno continuato a qualificare i **Sindaci come garanti**, ritenendo sufficienti poteri direttamente o indirettamente impeditivi. La responsabilità penale dei Sindaci sarà, quindi, configurabile fino a quando non siano stati esercitati tutti i poteri inerenti al ruolo di garante che possano servire ad evitare l'evento. Questo purché – vale la pena ribadire – tale omissione possa essere **causalmente correlata** allo specifico fatto costituente reato, in modo da evitare sovrapposizioni con la responsabilità civilistica.

Tali premesse restano teoriche in quanto, nel diritto vivente, non si rintraccia un vaglio rigoroso «per ritenere che l'omesso controllo abbia avuto effettiva incidenza causale nella commissione del reato da parte degli amministratori» (Cass. pen., 21 aprile 2010, n. 15360). Ne consegue che il **discrimen tra “controllo” negligente e concorso nel reato perpetrato dai Sindaci** si trasferisce sullo scivoloso pendio dell'elemento soggettivo del reato, provando a massimizzare la funzione del dolo che non si esaurisce nella colpevolezza, ma funge da componente dell'azione.

La giurisprudenza di legittimità in relazione alla responsabilità penale del Collegio sindacale: focus sui reati fallimentari

La tematica del concorso omissivo nell'altrui reato commissivo diventa particolarmente spinosa in tema di reati fallimentari.

Più nello specifico, la giurisprudenza di legittimità si è interrogata **sull'esistenza di una posizione di garanzia in capo ai Sindaci** di una società rispetto al reato di bancarotta fraudolenta commessa dagli amministratori *ex artt. 216, 223 R.D. nr. 267/1942*.

Nonostante la natura di reato proprio, le ipotesi di bancarotta fraudolenta possono infatti essere commesse *ex art. 223 L.F.* anche dai direttori generali, amministratori e **Sindaci laddove abbiano concorso a cagionare il dissesto della società commettendo taluno dei fatti indicati dagli artt. 2621 ss. c.c. ovvero quando abbiano cagionato con dolo, o per effetto di operazioni dolose, il fallimento della società**.

La Corte di Cassazione si è espressa sul tema del **concorso omissivo dei Sindaci nel reato commissivo posto in essere dagli amministratori** privilegiando la violazione dell'obbligo di vigilanza quale esclusivo fondamento della responsabilità: una responsabilità, purtroppo, costruita sui doveri ma sovente trascurando i poteri. Posto che ai poteri-doveri di controllo previsti dalla normativa civilistica si aggiunge – *ex art. 40 cpv c.p.* – l'obbligo di impedire l'evento, occorre chiedersi cosa sia tenuto a fare il Sindaco affinché il predetto obbligo possa dirsi rispettato. In dottrina¹, invero, si è rimarcato come i poteri autenticamente impeditivi del Sindaco sono pochissimi, cosicché la giurisprudenza tende a confondere i poteri di intervento con i poteri impeditivi dell'altrui operato.

1) Cfr. *ex multis*, Giunta, *La responsabilità penale dei Sindaci per omesso impedimento della bancarotta*, in *Dir. E prat. Soc.*, 2010, 2, 45 ss.; ID, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. Trim. dir. Pen. econ.*, 2006, 609; Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 141 ss.

Ebbene, l'attuale e consolidato indirizzo ermeneutico² afferma il principio secondo cui i membri del Collegio sindacale rispondono di concorso omissivo nel reato commissivo posto in essere dagli amministratori quando:

- a) la loro **condotta sia causa dell'evento**;
- b) i poteri non esercitati **avrebbero con alta credibilità razionale evitato l'evento**;
- c) l'evento sia **in concreto prevedibile ed evitabile**;
- d) sussista in capo ai Sindaci **l'elemento soggettivo del dolo anche nella sua forma eventuale**.

Invero, la Cassazione (con sentenza della Sez. V, 26 maggio 2021, n. 20867) osserva come la riforma del diritto societario ha rimodulato le funzioni del Collegio sindacale in base alle attribuzioni e competenze svolte dai Sindaci nel contesto delle società di capitali. Le disposizioni di cui agli artt. 2403 ss. c.c., difatti, enunciano una serie di poteri ispettivi, di controllo e di denuncia che, oltre a generare in concreto una posizione di garanzia avente base legale, possono essere effettivamente idonei – se azionati tempestivamente – alla prevenzione degli eventi.

Del resto, nella medesima sentenza, la Corte di Cassazione evidenzia come il Collegio sindacale non svolga una mera funzione di controllo contabile sulle azioni degli amministratori, in quanto l'art. 2405 c.c. prevede l'obbligo di richiedere informazioni agli amministratori per il loro operato nonché di interloquire con loro.

Al Collegio sindacale spetta il potere di segnalazione all'autorità giudiziaria quando vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione societaria tali da arrecare un ingente danno al patrimonio sociale.

L'art. 2409 c.c. racchiude in sé, allora, un potere impeditivo in capo al Collegio sindacale: il Tribunale, attraverso la denuncia della *malagestione* degli amministratori, può compiere accertamenti sul loro operato e – ove necessario – revocarli, sostituirli o nominare un amministratore giudiziario.

La Suprema Corte, riscontrando sia la presenza di una posizione di garanzia avente base negli artt. 2403 ss. c.c., che la sussistenza di concreti poteri impeditivi, previsti dagli artt. 2403-bis, 2407, 2409 c.c., ritiene che **ben possa il Sindaco concorrere per omissione nel reato commissivo perpetrato dall'amministratore**.

Tuttavia, per riconoscere la responsabilità penale del Sindaco è **necessario altresì che la sua condotta omissiva sia causa dell'evento** secondo lo schema del c.d. comportamento alternativo lecito; la condotta doverosa, in concreto omessa, avrebbe evitato la verifica dell'evento alla luce di un giudizio controfattuale basato sulla miglior scienza ed esperienza?

Nel caso di risposta affermativa, allora, sul piano oggettivo si giungerà alla prova della causalità dell'omissione rispetto alla verifica dell'evento che, nel reato di bancarotta *ex artt. 223 L.F.*, è costituito dal dissesto societario o dall'esecuzione di operazioni dolose preordinate al fallimento.

La Suprema Corte espone altresì delle specifiche in tema di **elemento soggettivo del reato**, ritenendo che in capo al Sindaco **debba sussistere il dolo**, anche nella sua forma eventuale, rispetto al fatto commesso dagli amministratori. Più nello specifico, il dolo si manifesta nella cosciente e volontaria consapevolezza che la propria condotta omissiva sia capace, in concreto, di agevolare il fatto illecito posto in essere dall'amministratore. Nella forma del dolo eventuale è, invece, necessario che il Sindaco si rappresenti come altamente probabile la commissione di un reato da parte dell'amministratore e, accettandone il rischio, aderisca all'evento.

Tali assunti, nonostante escludano ogni forma di responsabilità penale da mera posizione, non sono andati esenti da critiche dottrinali.

In primis, con riferimento all'esistenza della posizione di garanzia e dei relativi poteri impeditivi del Collegio sindacale, si rileva l'intrinseca **indeterminatezza della posizione di garanzia ex art. 2403 c.c.**, che non specifica quali siano le fattispecie di reato da impedire.

Inoltre, **nessuno dei poteri ispettivi, nonché di controllo e denuncia, possono realmente definirsi "im-**

² *Ex multis*, Cass. Pen., sez. V, n. 44107/2018; sez. V, n. 18985/2016; sez. V, n. 26399/2014; sez. V, n. 17393/2007.

peditivi”, essendo meramente prodromici al potere – effettivamente impeditivo – di revoca e sostituzione dell’amministratore appartenente all’assemblea dei soci o all’autorità giudiziaria *ex art. 2409 c.c.*

Ancora, laddove si insista nel sostenere che **l’art. 2409 c.c.** sia un potere impeditivo, questo sarebbe esepribile dal Collegio sindacale **solo in casi eccezionali**.

Infine, avuto riguardo alle argomentazioni spese in tema di **elemento soggettivo**, per ravvisare la responsabilità dei Sindaci, occorre individuare alcuni **“indicatori” della volontà dolosa di concorrere nel reato**, al fine di evitare di ascrivere una responsabilità penale a solo titolo di negligenza o derivante dalla mera posizione di controllo. Tra tali indicatori, si attribuisce rilievo al fatto che i Sindaci siano **espressione del gruppo di controllo** della società; alla circostanza che di essi sia provata la **rilevante competenza professionale**; che i predetti abbiano **omesso**, malgrado la situazione critica della società, ogni **minimo controllo**.

Tale **potere-dovere di controllo deve quindi riguardare l’intera attività sociale al fine di garantire una effettiva tutela all’interesse dei soci e dei creditori sociali**. Tale circostanza determina l’importanza della scrupolosa attività informativa e di verbalizzazione dei Sindaci, i quali devono monitorare l’operato degli amministratori e dell’assemblea e, qualora ravvisassero operazioni – a loro avviso – in contrasto con i principi di corretta amministrazione, informare tempestivamente amministratori e soci giungendo, infine, al più grave caso di denuncia *ex art. 2409 c.c.*

Riflessioni de iure condendo

Risulta del tutto evidente che la **vigilanza attribuita al Collegio**, per come recentemente ampliata sull’adeguatezza degli assetti organizzativi, contabili e amministrativi aziendali, abbia attualmente una **natura ipertrofica**, a cui consegue la relativa responsabilità, che risulta tanto maggiore anche dal punto di vista penale. Proprio il focus della giurisprudenza di legittimità sulla verifica della sussistenza dell’elemento soggettivo doloso nella condotta del Collegio sindacale – tanto più necessaria ed attenta quando connessa alla responsabilità da reato proprio – parrebbe auspicabilmente portare ad **eliminare il riferimento al Collegio sindacale quale soggetto attivo dei reati di cui sopra**, così lasciando lo spazio all’incriminazione di quei fatti davvero suscettibili di rilevanza penale per la gravità delle omissioni ascrivibili al Collegio sindacale, ma **nella forma della responsabilità concorsuale dell’extraneus nel delitto proprio commesso dal soggetto attivo**.

Le funzioni dell'organo di controllo nella giurisprudenza

di Angelo Mambriani – Magistrato, Presidente Sezione 15 Settore Civile, Tribunale di Milano

La giurisprudenza, nel valutare in sede processuale gli elementi qualificanti della funzione di controllo interno delle società di capitali – nomina, cessazione, ineleggibilità e decadenza dei componenti dell'organo (artt. 2399, 2400 c.c.), retribuzione (art. 2402 c.c.), responsabilità (art. 2407 c.c.) – assume un ruolo centrale nella ricostruzione completa e corretta del suo contenuto e dei suoi limiti.

La giurisprudenza a sua volta va letta ed intesa nella piena consapevolezza dell'angolo visuale, appena sommariamente indicato, a partire dal quale analizza la funzione, composta, come tale, da doveri (art. 2403 c.c.) e poteri (artt. 2403-bis, 2405, 2406, 2408, 2409 c.c.) attribuiti ad un organo – collegiale (il Collegio sindacale) o monocratico (il Sindaco unico) – in vista del raggiungimento di uno scopo, qui identificabile nella legalità dell'azione organizzativa e gestoria della società.

In un sistema di *civil law* la giurisprudenza è costruita a partire dalle norme. Quelle sui Sindaci di S.p.A. – che istituiscono il modello di organo – sono rimaste pressoché identiche dalla riforma del 2004 in avanti. Esse, anzi, non risultavano particolarmente innovative nemmeno rispetto al regime *ante* riforma, talché molte affermazioni giurisprudenziali fatte allora risultano valide e importanti ancora oggi.

Ciò è consentito anzitutto dal fatto che l'art. 2403 c.c., non meno dell'art. 2392 c.c., sono “norme quadro”, cioè norme che aprono la definizione del loro contenuto assiologico a fonti altre, in particolare la legge e lo statuto, che la società deve osservare.

E la natura colposa della responsabilità (art. 2407 c.c.), che richiama la diligenza professionale nell'attuazione dei doveri e nell'adempimento degli obblighi, apre a sua volta a contributi di prassi – le “Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate”, le “Norme di comportamento del Collegio sindacale di società quotate”, la “Guida operativa del Collegio sindacale delle Società non quotate nell'ambito dei controlli *sull'assetto organizzativo*” e i loro successivi aggiornamenti – che costituiscono ormai un imprescindibile riferimento, in sede giurisprudenziale, per individuare lo *standard* di diligenza richiesto nello svolgimento della funzione.

È anche assai significativo che proprio in materia di controllo sindacale (art. 2403, comma 1, c.c.), oltre che di operato degli amministratori di S.p.A. (art. 2381, comma 5, c.c.), siano stati introdotti gli obblighi in materia di assetti adeguati che poi, con il C.C.I., hanno avuto da ultimo l'espansione che tutti ben conosciamo (artt. 2086 c.c.; art. 377 C.C.I. e relative modifiche introdotte alle norme codicistiche sulla *governance* societaria).

Per il tramite di queste importanti e qualificanti “clausole di apertura”, da un lato la funzione viene definita, dall'altro, nel suo conseguente espandersi, subisce il rischio dell'incertezza o dell'ampliamento eccessivo, dall'altro ancora si dischiudono necessariamente spazi al “diritto giurisprudenziale” come momento di ricostruzione del sistema a partire dal caso singolo, nel rigoroso rispetto del principio della valutazione *ex ante*.

L'atteggiamento della giurisprudenza rispetto alla funzione di controllo societario

Anzitutto la giurisprudenza riserva alla funzione sindacale la massima considerazione: il controllo non è inteso semplicemente come un limite all'operato degli amministratori, ma come azione che, implementando la legalità della gestione, influenza in modo spesso determinante la sua qualità, contribuendo in modo decisivo ad inserirla armonicamente nel quadro dell'ordinamento e così consentendole, da un lato, di cogliere appieno le *chances* che l'ordinamento offre e, dall'altro, di evitare le diseconomie ed a volte i veri e propri disastri che conseguono al porsi l'impresa al di fuori dei limiti di legalità.

La seconda tendenza distintiva è quella di affermarne e promuoverne, a livello interpretativo ed applicativo, l'effettività ⁽¹⁾.

L'espansione dell'effettività della funzione è avvenuta sul piano quantitativo e sul piano qualitativo.

Sul piano quantitativo, cioè dell'estensione della funzione, si è detto:

- «Ai fini della responsabilità solidale dei *Sindaci* di una società per azioni con gli amministratori, ex art. 2407, secondo comma, c.c., per i fatti e le omissioni di questi ultimi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità con gli obblighi della loro carica, l'obbligo di vigilanza dei Sindaci *non è limitato allo svolgimento di compiti di mero controllo contabile e formale, ma si estende anche al contenuto della gestione, atteso che la previsione della prima parte del primo comma dell'art. 2403 c.c. va combinata con quelle del terzo e quarto comma del medesimo articolo, che conferiscono al Collegio sindacale il potere – che è anche un dovere, da esercitare in relazione alle specifiche situazioni – di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati fatti*» ⁽²⁾;
- Si è tuttavia precisato, in negativo, che la funzione di controllo non attiene al merito (opportunità e convenienza) delle decisioni gestorie degli amministratori; l'area insopprimibile di discrezionalità nell'assunzione delle decisioni di gestione costituisce cioè un limite non solo per la valutazione del giudice ma anche per quella dei Sindaci; nondimeno vale anche l'opposto: sono suscettibili di valutazione e reazione sindacale le decisioni gestorie palesemente arbitrarie e irrazionali;
- «*Il dovere di vigilanza e di controllo imposto ai Sindaci delle società per azioni ex art. 2403 c.c. non è circoscritto all'operato degli amministratori, ma si estende a tutta l'attività sociale, con funzione di tutela non solo dell'interesse dei soci, ma anche di quello, concorrente, dei creditori sociali, e ricomprende, pertanto, anche l'obbligo di segnalare tutte le situazioni che esigano, in applicazione degli artt. 2446 e 2447 c.c., la riduzione del capitale sociale*» ⁽³⁾;
- il dovere di controllo si estende agli obblighi di organizzazione corporativa, per mezzo del dovere di impugnazione delle delibere assembleari illegittime ⁽⁴⁾.

L'idea di fondo pare quella della tutela della legalità dell'impresa nel senso ampio del termine, talché la presenza stessa dell'organo di controllo costituisce segnale – in un periodo in cui è ripreso il dibattito istituzionalismo vs. contrattualismo, sotto le diverse spoglie di *shareholderism* vs *stakeholderism*, tutela della sostenibilità, ESG, documenti di dichiarazioni non finanziarie ecc. ⁽⁵⁾ – nel senso di tutela dell'impresa o della società come istituzione ⁽⁶⁾. Se si ricollegano oggi le disposizioni dell'art. 25-*octies* C.C.I. e 120-*bis* e ss. C.C.I. ben ci si avvede del ruolo fondamentale attribuito all'organo di controllo nella salvaguardia dell'impresa in crisi, persino “contro” i soci.

1) Emblematica, tra le tante, Cass. n. 2538/2005.

2) Cass. n. 5263/1993.

3) Cass. n. 2772/1999

4) Cass. n. 25178/2015; Cass. n. 24045/2021.

5) U. Tombari, “Potere e ‘interessi’ nella grande impresa azionaria”, Milano, 2019; E. Barcellona, “Shareholderism versus Stakeholderism”, Quaderni di Giur. Comm., n. 447 del 2022.

6) Cass. n. 2538/2005.

Sul piano qualitativo l'espansione è avvenuta accentuando, rispetto al dovere di controllo – tendenzialmente esplicito *ex post* – il dovere di vigilanza ⁽⁷⁾, che invece si pone sul crinale del presente, nell'individuarsi come attenzione agli indizi di comportamenti gestori scorretti nel mentre si volgono o appena accaduti.

La giurisprudenza, nel valutare il comportamento dei Sindaci – che rimane comunque organo non partecipe diretto della gestione come può essere il comitato per il controllo della gestione nel sistema monistico o il consiglio di sorveglianza, in modi ovviamente assai diversi – si trova sempre nel dilemma specie quando si tratta di atti di *mala gestio* puntuali degli amministratori, o non palesi, o di unitaria scarsa entità ma ripetuti costantemente nel tempo.

Sul piano della declinazione concreta dei doveri assume ruolo importante la vera e propria “*Summa*” di cui alle recenti sentenze n. 28357/2020 e n. 24045/2021, entrambe di accoglimento parziale di ricorsi di Sindaci la cui responsabilità era stata riconosciuta nei precedenti gradi di giudizio. Nell'accogliere, la Corte di cassazione – a testimonianza del ruolo essenziale che la giurisprudenza assegna all'effettività della funzione di controllo – esprime tuttavia forti “*warning*” proprio per dimensionare correttamente giudicati “assolutori”. Così facendo la Corte scioglie in modo convincente almeno alcuni dei dilemmi cui si è appena accennato. Così si è detto:

- «I doveri di controllo imposti ai Sindaci sono certamente contraddistinti da una particolare ampiezza, poiché si estendono a tutta l'attività sociale, in funzione della tutela e dell'interesse dei soci e di quello, concorrente, dei creditori sociali (Cass. n. 2772/99). Di modo che *ad affermarne la responsabilità può ben esser sufficiente l'inosservanza del dovere di vigilanza*. Questo accade, in particolare, *quando i Sindaci non abbiano rilevato una macroscopica violazione o non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità* (ex aliis Cass. n. 13517/14, Cass. n. 23233/13), poiché in tal caso *il mantenimento di un comportamento inerte implica che non si sia vigilato adeguatamente sulla condotta degli amministratori* (o dei liquidatori) pur nella esigibilità di un diligente sforzo per verificare la situazione anomala e porvi rimedio, col fine di prevenire eventuali danni (cfr. di recente Cass. n. 18770-19)»: Cass. n. 28357/2020.

Quanto ai doveri generali, che fungono da base a tutti gli altri, si evidenziano:

- **dovere di adeguatezza professionale** rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa: se essa è una assicurazione o una banca, il Sindaco non può addurre a giustificazione della carente vigilanza e quindi del mancato apprezzamento di determinati “campanelli di allarme” la complessità organizzativa, normativa e regolamentare dell'ente ⁽⁸⁾;
- **dovere di conoscenza**: «2.4. In relazione al profilo dell'elemento soggettivo, poi, l'elemento della colpa rileva nelle due accezioni di *colpa nella conoscenza* e nell'omessa attivazione. Sono due, infatti, i momenti complementari: da un lato, la rappresentazione dell'evento nella sua portata ille-

7) Il dovere di vigilanza assume particolare rilevanza anche nei documenti di prassi. Si vedano, ad esempio, il cap. Q.3 delle “Norme di comportamento del Collegio sindacale di società quotate” (ed. 2018) e il cap. 3 delle “Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate” (ed. 2021).

8) «La prestazione richiesta ai Sindaci è connotata da un così elevato grado di discrezionalità tecnica da farla talvolta rientrare nelle cosiddette “obbligazioni di diligenza” quelle, cioè, nelle quali la strumentalità della prestazione ad un certo risultato fa sì che il criterio della diligenza a tal fine occorrente serva a determinare, anche sotto il profilo oggettivo, l'area del comportamento dovuto. Ma, poiché non può negarsi che l'attività svolta dai Sindaci di società abbia carattere professionale, se ne deduce – e tanto anche prima che ciò fosse reso esplicito dal nuovo testo dell'art. 2407 c.c. riformato dal D.Lgs. n. 6 del 2003), qui inapplicabile *ratione temporis* – che la diligenza a tal fine occorrente, come richiesto dal comma 2 dell'art. 1176 c.c., è quella correlata alla natura dell'attività da loro esercitata, evidenziandosi, peraltro, che la natura di tale attività ed il grado di diligenza ad essa inerente deve necessariamente esser valutata anche in rapporto alle specifiche caratteristiche dell'attività dell'impresa e dell'oggetto sociale che l'esprime (cfr. in motivazione, Cass. n. 2538 del 2005)»: Cass. n. 24045/2021.

cita, conoscenza che prescinde dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo; dall'altro, la consapevolezza nel mantenere la condotta inerte, senza porre in essere quelle azioni atte ad impedirne la prosecuzione, la reiterazione o l'aggravamento, in cui rileva la possibilità di attivarsi utilmente.

2.4.1. Sotto il primo aspetto, la colpa può consistere in un difetto di conoscenza, per non avere il Sindaco rilevato colposamente l'altrui illecita gestione»: Cass. n. 24045/2021.

L'**accertamento della colpa** nella conoscenza trova i suoi presupposti:

- nell'esercizio dei poteri di vigilanza, consistenti nei poteri di ispezione e di richiesta agli amministratori di notizie sull'andamento degli affari sociali o su determinate operazioni (art. 2403-bis c.c.);
- nel dovere di partecipare ai consigli di amministrazione e alle assemblee (art. 2405 c.c.).

A fondare la colpa nella conoscenza è poi, nel concreto, l'omessa rilevazione ed approfondimento mediante poteri di vigilanza, dei c.d. "**segnali d'allarme**". I segnali d'allarme, però, proprio in relazione al generalizzato dovere di vigilanza sulla correttezza della gestione attribuito ai Sindaci, non si declinano nello stesso senso in cui sono intesi per i consiglieri senza deleghe.

Sono sufficienti, per innescare la necessità di adempimento del dovere di vigilanza, situazioni anche "generali" dell'ente controllato.

Ad esempio, nella sentenza suindicata, sono stati ritenuti significativi segnali d'allarme:

- «il rapido declino della società cooperativa e l'aumento di perdite di esercizio», accompagnato dalla particolare gravità dei comportamenti degli amministratori, in particolare del presidente del c.d.a., consistenti in reiterati fatti di distrazione e «esistenza di un cospicuo numero di fatture, registrate nella contabilità della società e dichiarate ai fini dell'IVA e delle imposte sui redditi, emesse per operazioni inesistenti o da società inesistenti»;
- ed anche la «soggezione della società all'altrui gestione personalistica».

E comunque si precisa:

- «non è affatto decisivo che nulla traspaia da formali relazioni degli amministratori, perché l'*obbligo di vigilanza* impone, ancor prima, la *ricerca di adeguate informazioni*, in particolare da parte dei componenti dell'organo sindacale, la cui stessa ragion d'essere è il provvedere al controllo sulla gestione. Onde sussiste la colpa in capo al Sindaco già per non avere rilevato i cd. segnali d'allarme»;
- anzi: «non può condividersi l'assunto per cui i Sindaci non avrebbero dovuto rispondere delle condotte distrattive operate fraudolentemente, e senza che essi potessero accorgersene, dal Cirrincione nella indicata qualità: invero, l'accertamento controfattuale, sopra ricordato, induce a ravvisarne la responsabilità tutte le volte in cui la loro olimpica inerzia non sia stata minimamente scalfita dall'idea di esercitare uno dei numerosi poteri di cui essi per legge dispongono, al fine di garantire la legalità dell'agire gestorio: onde, a fronte di una simile inerzia, è onere del Sindaco giustificarla mediante l'allegazione di impedimenti non superabili con la diligenza professionale della carica. Pertanto, in una vicenda come la presente, caratterizzata dall'agire dell'amministratore senza il rispetto dei principi di corretta gestione, protrattosi nel tempo – reiterata falsa fatturazione rilevante; distrazione di somme – la responsabilità dei Sindaci risiede già nel fatto di non aver rilevato le macroscopiche violazioni e, quindi, di non avere in alcun modo ad esse reagito».

Quanto al **dovere di attivazione** ed alla connessa "colpa da omessa attivazione", la Corte di cassazione è estremamente completa e puntigliosa nell'elencare i **poteri che ne costituiscono il presupposto**, tali essendo, oltre alla verbalizzazione del dissenso nelle riunioni del Collegio sindacale:

- a) chiedere, se del caso per iscritto, notizie e chiarimenti al consiglio di amministrazione in ordine all'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari (cfr. Cass. n. 5263/1993);
- b) procedere in qualsiasi momento, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo (art. 2403 c.c., anche nel testo oggi vigente sotto l'art. 2403-bis c.c.), se del caso avvalendosi, sotto la propria responsabilità ed a proprie spese, di propri dipendenti ed ausiliari (art. 2403-bis c.c., anche nel testo

attualmente vigente);

c) convocare e partecipare, come è loro obbligo, alle riunioni del consiglio di amministrazione (art. 2405 c.c.), verbalizzare l'eventuale dissenso sul libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, ed impugnare le deliberazioni affette da nullità od annullabilità (vedi l'art. 2388, comma 4, c.c.), specie quando il vizio sia idoneo a danneggiare la società od i creditori (arg. ex artt. 2391, comma 3, 2394 e 2407, commi 2 e 3, c.c.);

d) convocare (art. 2406 c.c.) e partecipare, come è loro obbligo, all'assemblea dei soci (art. 2405 c.c.), nonché impugnare le deliberazioni dell'assemblea che non siano state prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo (art. 2377, comma 1, c.c., anche nel testo in vigore);

e) formulare esposti al Pubblico Ministero, affinché questi provveda ex art. 2409 c.c., quando tale iniziativa sia rimasta davvero l'unica praticabile in concreto per poter legittimamente porre fine alle illegalità di gestione riscontrate, essendosi rilevati insufficienti i rimedi endosocietari (cfr., in tal senso, Cass. n. 9252/1997), ovvero, come è stato espressamente riconosciuto dalla riforma del 2003, promuovere direttamente il controllo giudiziario sulla gestione se si ha il fondato sospetto che gli amministratori abbiano compiuto gravi irregolarità (art. 2409, ultimo comma, nuova formulazione)»: Cass. n. 24045/2021 (9).

La Corte di Cassazione, sempre per quanto concerne più strettamente la **configurazione della funzione**, ha osservato:

- «l'essere stato designato alla carica solo dopo la commissione dell'illecito non è, di per sé, circostanza sufficiente ad esimere il Sindaco da responsabilità, in quanto l'accettazione della carica comporta comunque l'assunzione dei doveri di vigilanza e di controllo; né la responsabilità per il ritardo nell'adozione delle misure necessarie viene meno per il fatto imputabile al precedente amministratore, una volta che, assunto l'incarico, fosse esigibile lo sforzo diligente di verificare la situazione e porvi rimedio (cfr. Cass. n. 31204/2017)»;
- «le dimissioni non costituiscono mai condotta di adempimento del dovere, né sufficiente ad esimere da responsabilità, quando a ciò non si fossero accompagnati anche concreti atti volti a contrastare, porre rimedio o impedire il protrarsi degli illeciti, per la pregnanza degli obblighi assunti dai Sindaci proprio nell'ambito della vigilanza sull'operato altrui, e perché la diligenza impone piuttosto un comportamento alternativo: equivalendo allora le dimissioni ad una sostanziale inerzia ed, anzi, divenendo esemplari della condotta colposa e pilatesca tenuta dal Sindaco, del tutto indifferente e inerte nel rilevare la situazione di illegalità reiterata (cfr., in motivazione, Cass. n. 18770/2019)» (10);
- «2.4.4. Quanto, poi, alla *decadenza dalla carica ex art. 2404, comma 2, c.c.*, e fermo quanto si è appena detto circa la concreta configurabilità del Sindaco supplente, è opportuno rimarcare che detta decadenza, avente natura sanzionatoria e concepita per sancire la cessazione del diritto alla retribuzione, non può produrre – fino all'assunzione dalla funzione da parte di colui che sia stato chiamato alla sua sostituzione – l'effetto virtuoso, per il Sindaco ipoteticamente venuto meno ai suoi doveri, di escludere la sua responsabilità»;
- «l'onere di allegazione e di prova nelle azioni di responsabilità avverso l'organo sindacale si

9) Osserva altresì la Corte: «la condotta impediente omessa va valutata nel contesto complessivo delle concrete circostanze, in quanto l'inerzia del singolo, nell'unirsi all'identico atteggiamento omissivo degli altri) acquista efficacia causale, atteso che, all'opposto, una condotta attiva giova a "rompere il silenzio" sollecitando, con il richiamo agli obblighi imposti dalla legge ed ai principi di corretta amministrazione, un analogo atteggiamento degli altri» (cfr., in motivazione, Cass. n. 18770 del 2019, nonché, in sede penale, Cass. pen. 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi).

10) «2.4.3. È doveroso rimarcare, poi, che l'efficacia della cessazione per dimissioni dalla carica di Sindaco di società presuppone la comunicazione al Sindaco supplente, così da consentire a quest'ultimo di conoscere dell'investitura ricevuta a seguito delle dimissioni e della responsabilità derivatene (cfr. Cass. n. 6788 del 2012. Si veda anche Cass. n. 5928 del 1986). In relazione a questo specifico profilo, il motivo del ricorso in esame difetta di autosufficienza, non *individuando, né riportando, una tale comunicazione*».

atteggia nel senso che spetta all'attore allegare l'inerzia del Sindaco e provare il fatto illecito gestorio, accanto all'esistenza di segnali d'allarme che avrebbero dovuto porre i Sindaci sull'avviso; assolto tale onere, l'inerzia del Sindaco integra di per sé la responsabilità, restando a carico del medesimo l'onere di provare di non aver avuto nessuna possibilità di attivarsi utilmente, ponendo in essere tutta la gamma di atti, sollecitazioni, richieste, richiami, indagini, sino alle denunce alle autorità civile e penale (cfr., in motivazione, Cass. n. 18770 del 2019). Costituisce, infatti, costante indirizzo interpretativo quello per cui la natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei Sindaci verso la società comporta che quest'ultima ha soltanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità fra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe sugli amministratori e Sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti (cfr. Cass. n. 28642/2020, in motivazione; Cass. n. 2975/2020; Cass. n. 17441/2016; Cass. n. 14988/2013; Cass. n. 22911/2010)».

Essere organo di controllo: *impossibilia nemo tenetur*

di Mariacarla Giorgetti – Università di Bergamo

Il controllo operato dal Collegio sindacale non deve essere meramente formale, ma deve estendersi alla verifica della regolarità sostanziale della gestione (Cass. n. 18985/2016).

Come precisato dalla giurisprudenza, infatti, il comportamento dei Sindaci, che deve essere improntato ai principi di correttezza e buona fede, non consiste nel mero espletamento delle attività indicate dalla legge, ma comporta l'obbligo di adottare ogni altro atto utile e necessario per rendere quella vigilanza effettiva e non solo formale.

Ciò significa che, nel caso in cui l'organo di controllo rilevi delle anomalie nell'operato degli amministratori, esso dovrà attivarsi il prima possibile, o intervenendo sulla gestione, ma senza sostituirsi all'organo amministrativo, o comunque esercitando un pregnante potere di sollecitazione e di "rettificazione" dell'operato dell'organo amministrativo, non ultimo denunciando l'irregolarità dell'operazione (Cass. 12 luglio 2019, n. 18770; conf. Cass. 5 settembre 2018, n. 21662).

Ma attenzione: la stessa giurisprudenza ha precisato come tale controllo debba comunque limitarsi a quanto ricavabile dall'esame «della documentazione contabile e dai dati forniti dall'organo amministrativo, senza tuttavia poter giungere a sindacare il merito e l'opportunità della gestione in termini di valutazione ex post della redditività e proficuità economica dell'operazione compiuta, poiché tale apprezzamento rientra nella insindacabile discrezionalità dell'organo gestorio, secondo la business judgement rule» (Cass. n. 13081/2013).

Anche di recente, a seguito delle modifiche legislative, la Suprema Corte ha ribadito che i Sindaci non possono esercitare di poteri di veto né sostituirsi all'organo amministrativo nello svolgimento di tale attività.

Piuttosto, **attività di vigilanza** dei Sindaci vuol dire **sollecitazione** degli interventi necessari a **prevenire** lo stato di crisi e segnatamente porre in essere quelle iniziative necessarie a fare sì che lo stato iniziale di dissesto, quand'anche scaturente da anomale iniziative degli amministratori, **non pregiudichi in modo irreversibile** la società. Ragion per la quale è del tutto legittimo, se non doveroso per i Sindaci, segnalare l'operato o il mancato operato degli amministratori. La Cassazione, infatti, ritiene sussistente, ex art. 2047 c.c., un potere di vigilanza e di segnalazione in capo al Collegio, e quindi una correlata responsabilità, in ipotesi di omesso controllo dello svolgimento di attività dannose da parte degli amministratori di società di capitali (Cass. 6 settembre 2021, n. 24045).

Il dovere di controllo gravante sui Sindaci riguarda **l'intera gestione**, in quanto l'attività di vigi-

lanza non è finalizzata alla tutela del solo interesse dei soci, ma è funzionale anche a preservare l'interesse dei creditori sociali.

Tuttavia, tutto quanto detto non significa che i poteri del Collegio siano illimitati.

Al contrario, l'attività del Collegio sindacale **non deve esorbitare** dalla propria sfera di azione, sussistendo altrimenti il rischio di una confusione con le funzioni dell'organo amministrativo.

La vigilanza sulla corretta amministrazione attiene alla, infatti, **conformità delle decisioni** gestionali e dei procedimenti con i quali queste vengono assunte, ma non deve estendersi fino a ricomprendere il merito delle decisioni prese dall'organo amministrativo.

Orientamenti in tema di responsabilità del Collegio sindacale

La posizione e il ruolo dell'organo di vigilanza dell'impresa, così come delineati, riverberano automaticamente i propri effetti anche sulle considerazioni volte a carpire i requisiti per la sussistenza della responsabilità del Collegio.

Il quesito fondamentale alla base della ricerca intorno ai canoni di identificazione della responsabilità del Collegio è il seguente: quali sono i **presupposti** in presenza dei quali **può affermarsi** che il Collegio sindacale è **venuto meno all'obbligo di vigilare** sulla corretta attività dell'impresa e sulla osservanza della legge e dello statuto.

Si ricorda, anzitutto, che la norma cardine nella disciplina della responsabilità dei Sindaci è costituita dall'**art. 2407 c.c.**

Tale disposizione al comma 1, c.c. recita: «I Sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio».

In base all'art. 2407, comma 2, c.c. i Sindaci «sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica»; la disposizione individua i **casi di omesso controllo o culpa in vigilando**.

L'art. 2407 c.c. delinea dunque **due tipologie di responsabilità** dei Sindaci: una **esclusiva** e una **concorrente**.

Orbene, fermi restando i criteri di accertamento di tale responsabilità, è bene subito sgomberare il campo da pericolose assimilazioni della **responsabilità** dei Sindaci rispetto a quella **degli amministratori**.

Come si è detto, la giurisprudenza assegna al Collegio sindacale un ruolo di controllo circoscritto a quanto ricavabile dall'esame "della documentazione contabile e dai dati forniti dall'organo amministrativo", dovendo fare attenzione a non confondersi con quelli che sono invece i compiti gravanti sull'organo amministrativo.

Il che equivale, da un lato, a rendere **più complessa** l'indagine in merito alla verifica della responsabilità del Collegio, in quanto occorre individuare degli indici sintomatici dai quali desumere la responsabilità dell'organo gestorio. D'altra parte, consente di affermare non solo che il Collegio non può essere chiamato a rispondere per le scelte gestorie effettuate nel merito da parte degli amministratori – scelte rispetto alle quali il Collegio non ha alcun potere decisionale – ma, soprattutto, induce a ritenere che il Collegio incorra in responsabilità per il fatto oggettivo di **avere omesso le verifiche necessarie**, quali sono quelle relative all'andamento del bilancio e, come detto, al rispetto della legge e dello statuto.

Il presupposto perché sussista la responsabilità del Collegio, quindi, è l'**inosservanza del dovere di vigilanza**, conseguenza del fatto che compito essenziale del Collegio è quello di verificare il rispetto dei principi di corretta amministrazione, di controllare l'operato degli amministratori e assicurarsi che questo avvenga nel rispetto dei canoni di trasparenza e correttezza.

Ad integrarne la responsabilità, pertanto, è sufficiente non avere osservato il dovere di vigilanza, specie quanto da ciò sia disceso il mancato rilievo di una grave violazione o la mancata segnalazione di attività sospette da parte degli amministratori.

Appare ragionevole che, se il compito del Collegio è vigilare sull'osservanza dello statuto e sul corretto andamento dell'impresa, esso incorra in responsabilità in caso di omessa rilevazione di "segnali d'allarme" e in caso di inerzia per impedire il protrarsi della situazione illecita e, quindi, il dissesto irreversibile della società.

L'**inerzia** è causa essa stessa della responsabilità del Collegio: siamo quindi in presenza di una **forma di responsabilità oggettiva**, che scaturisce dal fatto stesso di non essersi attivato.

Depone in tale senso la recentissima sentenza n. 24170/2022 della Cassazione, con la quale la Suprema Corte ha confermato la condanna al pagamento della sanzione amministrativa comminata ai componenti del Collegio sindacale per omessa segnalazione di operazioni sospette. La Cassazione ha cioè riconosciuto la responsabilità oggettiva del Collegio sindacale, il quale non aveva dimostrato di essersi attivato per esercitare i poteri di controllo.

Ora, questa recentissima decisione offre lo spaccato di una forma di responsabilità sindacale dove presupposto è il non avere osservato adeguatamente l'obbligo di vigilanza gravante sul Collegio, ma dove, a maggior ragione in quanto si ragiona in termini di responsabilità oggettiva, la **prova di tale responsabilità** assume una importanza decisiva.

Infatti, perché la responsabilità si traduca in un corrispondente obbligo risarcitorio, è necessaria la prova della esistenza del rapporto di **causalità** tra danno patrimoniale e insufficienza del controllo, nonché di evitabilità del danno in caso di osservanza di tali doveri.

Ebbene, è proprio sul **metodo di accertamento del nesso causale** che si focalizza la posizione espressa dalla giurisprudenza di legittimità, la quale osserva che «ricorre il nesso causale tra la condotta inerte anti doverosa dei Sindaci di società e l'illecito perpetrato dagli amministratori, ai fini della responsabilità dei primi – secondo la probabilità e non necessariamente la certezza causale – se, con ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione dei poteri sindacali avrebbe ragionevolmente evitato l'illecito, tenuto conto di tutte le possibili iniziative che il Sindaco può assumere esercitando i poteri-doveri propri della carica, quali: la richiesta di informazioni o di ispezione *ex art. 2403-bis c.c.*, la segnalazione all'assemblea delle irregolarità riscontrate, i solleciti alla revoca della deliberazione illegittima, l'impugnazione della deliberazione viziata *ex artt. 2377 ss. c.c.*, la convocazione dell'assemblea ai sensi dell'*art. 2406 c.c.*, il ricorso al tribunale per la riduzione del capitale per perdite *ex artt. 2446-2447 c.c.*, il ricorso al tribunale per la nomina dei liquidatori ai sensi dell'*art. 2487 c.c.*, la denuncia a tribunale *ex art. 2409 c.c.*, ed ogni altra attività possibile ed utile (Cassazione civile, sez. I 12 luglio 2019 n.18770)» (Cass. n. 28357/2020).

Il giudizio controfattuale consente di valutare se l'attivazione dei Sindaci avrebbe potuto impedire il verificarsi o l'aggravamento dell'evento.

Del resto, come si è detto, i Sindaci devono porre in essere una **vigilanza concreta e non solo formale**, in quanto questo è il senso con il quale la giurisprudenza declina la correttezza e buona fede che gravano su tale organo.

La Cassazione, esige cioè, che il **Sindaco abbia esercitato o tentato di esercitare i poteri** istruttori ed impeditivi che gli sono riconosciuti dalla legge, non ritenendo sufficiente constatare la violazione del dovere di vigilanza, se a questo non fa seguito un intervento effettivo ed efficace.

Orbene, se nell'azione di responsabilità promossa ai sensi dell'art. 146 della Legge Fallimentare l'onere di provare l'assenza di colpa grava sull'organo sociale, l'onere della prova del nesso causale grava su chi agisce per fare dichiarare la responsabilità del Collegio.

L'inerzia è causa del danno se, con ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione lo avrebbe evitato. Tuttavia, l'esistenza del potere del Sindaco di attivarsi non deve essere valutata in astratto: si deve ritenere che il Collegio incorra in responsabilità quando **in concreto avrebbe avuto il potere di intervenire e non lo ha fatto**. Quanto detto incide e plasma l'onere della prova della responsabilità di tale organo, nel senso che per verificare la responsabilità dei Sindaci in concorso omissivo con il fatto illecito degli amministratori o dei liquidatori, è necessario **provare la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 2047 c.c.**

È pertanto onere di chi agisce in responsabilità fornire la prova del nesso causalità tra la l'omessa o erronea vigilanza e la causa del danno, che può ritenersi esistente quando sia ragionevole che l'attivazione del controllo lo avrebbe impedito o che gli effetti sarebbero stati meno incisivi.

Del tutto opportunamente, in una recentissima decisione la Suprema Corte ha infatti spiegato che «l'affermazione della responsabilità dei Sindaci di una società fallita per concorso omissivo nel fatto illecito degli amministratori postula la dimostrazione da parte del curatore del nesso di causalità tra l'omessa vigilanza ed il danno, nesso che può essere ritenuto sussistente se l'attivazione del controllo avrebbe ragionevolmente evitato o limitato il pregiudizio» (Cass. n. 30383/2022).

Osservazioni conclusive

La riflessione condotta sino ad ora deve trovare necessariamente un punto di raccordo con quanto detto in apertura.

Come si accennato, infatti, la figura dell'organo di vigilanza quale risultante in seguito alle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 14/2019 è quella di un organo al quale sono adesso richiesti maggiori controlli e per questo gli vengono anche riconosciuti poteri di intervento più significativi.

Ma questo non può tradursi in un aggravamento di responsabilità, o meglio in un aggravamento delle ipotesi di responsabilità, che esce da tale modifica incerta nei suoi connotati.

Per arginare il rischio di una simile "precipitazione" occorre accompagnare a tale rafforzamento anche **un più sensibile onere della prova** dei fatti dai quali tale responsabilità dovrebbe discendere. Il canone della responsabilità, così come delineato dall'art. 2047, comma 2, c.c., nel senso di ritenere i Sindaci responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, dovrebbe ritenere sussistente tale responsabilità dei Sindaci "solamente se sono incorsi in una violazione dei doveri e degli obblighi di cui al primo comma e se è provato che" il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Basti considerare che il sistema di segnalazione previsto a carico dei Sindaci (art. 25-*octies*) è lo stesso previsto per la composizione negoziata, cioè l'organo di controllo societario deve segnalare per iscritto all'organo amministrativo la sussistenza de presupposti per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata.

Tuttavia, la segnalazione, anche se tempestiva, non esenta da responsabilità, anzi, la stessa verrà valutata "ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 c.c.", nel senso che occorrerà accertare se la segnalazione abbia assunto una efficacia causale del pregiudizio verificatosi.

Occorre quindi rivedere quelle disposizioni che prevedono una responsabilità illimitata del Collegio sindacale, al pari di quella dell'organo amministrativo.

Questa inizialmente era stata introdotta come stimolo all'assolvimento di una effettiva e corretta vigilanza; tuttavia, essa sta finendo per ritorcersi contro quelle stesse garanzie che voleva preservare e per minare il corretto e sereno esercizio di tali funzioni.

Ruolo dell'organo di controllo: prospettive attuali e future

di Matteo de Lise – Presidente UNGDCEC

Nel contesto attuale, in cui le imprese si trovano a dover governare una sempre maggiore incertezza derivante da nuovi rischi, relativi tra gli altri alla situazione internazionale, all'emergenza pandemica, alla geopolitica delle materie prime, emerge come primario il ruolo dell'organo di controllo, a tutela di importanti interessi di carattere generale, attinenti alla continuità e al mantenimento del valore d'impresa.

L'organo di controllo è chiamato a svolgere un difficile ruolo. Nel sorvegliare formalmente e sostanzialmente la corretta gestione societaria, è preposto alla **tutela di importanti interessi di carattere generale**, attinenti alla continuità e mantenimento del valore d'impresa.

Volendo elencare i compiti del Collegio sindacale, come previsti dalla normativa attuale, ricordiamo che esso **vigila sull'osservanza della legge e dello statuto**, sul **rispetto dei principi di corretta amministrazione**; sull'adeguatezza delle procedure adottate dal Consiglio di Amministrazione per la regolamentazione delle operazioni con parti correlate, **sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo della società, sull'adeguatezza del sistema di controllo interno, sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo-contabile e sul suo concreto funzionamento**, sull'osservanza da parte degli amministratori delle norme procedurali inerenti alla redazione, all'approvazione e alla pubblicazione del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato.

Ancora, se dall'attività di vigilanza dovessero emergere significativi rischi di possibili violazioni di legge o di statuto, di inesatta applicazione dei principi di corretta amministrazione, di inadeguatezza dell'assetto organizzativo o del sistema amministrativo-contabile, il Collegio sindacale deve richiedere all'organo amministrativo **l'adozione di azioni correttive**, monitorandone la realizzazione nel corso dell'incarico.

Compresi tra i compiti del Collegio sindacale vi sono anche specifici poteri di effettuazione di **atti di ispezione e controllo**, di convocazione dell'assemblea dei soci, di indagine sui fatti censurabili denunciati dai soci e di denuncia al Tribunale in caso di fondato sospetto che gli amministratori abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione.

Infine, dalla riforma del Codice della crisi, emerge inoltre **il potere del Collegio sindacale di proporre istanza di fallimento**.

Avendo individuato gli ampi ambiti in cui l'organo di controllo è coinvolto, non vanno però tralasciate considerazioni sulle imprese e sul complesso contesto economico/finanziario attuale, nonché sulle norme in essere e su quelle di prossima introduzione nel nostro ordinamento.

Lo sviluppo di adeguati assetti *ex art. 2086*, comma 2, c.c., a tutela del mantenimento della continuità aziendale, è certamente elemento di attenzione introdotto dalla modifica del Codice della crisi di impresa e concetto comunque già noto nel nostro ordinamento.

La **formalizzazione, l'implementazione ed attuazione efficace** di procedure e l'introduzione di controlli

interni all'impresa, rispondenti alla necessità per l'imprenditore di dotarsi di adeguati assetti a presidio dei rischi di impresa, aumentano la qualità e l'affidabilità degli strumenti di governo a supporto dell'imprenditore.

Ampliando l'attenzione ad elementi ulteriori, oltre a quelli economici e finanziari, quali quelli ambientali, sociali, di governance, richiesti dal mercato, dal mondo della finanza e dei consumatori e non da ultima, dalla normativa europea di recente aggiornamento, l'adozione di adeguati assetti che integri una visione non solo economica e finanziaria riveste ancor maggiore importanza.

Fatte tutte queste premesse, il coinvolgimento della *governance* di impresa è centrale per creare e mantenere nel lungo periodo il valore e preservare la continuità. Queste considerazioni, nell'attuale contesto di incertezza derivante dalla situazione internazionale, aumentano notevolmente la delicatezza del ruolo del Collegio sindacale, chiamato a valutare strategicamente la **capacità dell'impresa di mantenere nel lungo periodo il valore di impresa**.

Non va quindi dimenticato che il **ruolo centrale è quello dell'imprenditore**, nella cui **autonomia decisionale** risiede il rispetto della normativa e la richiamata adozione degli adeguati assetti.

Le responsabilità di cui è notevolmente investito l'organo di controllo vanno perciò considerate in questo contesto, e pare emergere la necessità, non nuova, che sia l'organo di controllo stesso ad essere attivo nel formalizzare ogni considerazione emergente in merito all'effettiva richiamata proattività richiesta all'imprenditore.

Una riforma del regime di responsabilità degli organi di controllo è necessaria nell'interesse stesso dell'efficienza del sistema

di Edoardo Ginevra – Dottore Commercialista e Revisore legale dei conti in Milano e Consigliere ODCEC Milano

Le norme vigenti per il funzionamento delle società di capitali assegnano agli organi di controllo un ruolo fondamentale, individuandoli quali elementi cardine di un buon sistema di *governance* societaria a tutela degli interessi di tutti gli *stakeholders* ma, al contempo, tratteggiano in capo ai soggetti incaricati del controllo societario ampi profili di responsabilità dai **confini non chiaramente definiti**, con effetti in sede giurisprudenziale sempre più spesso significativamente sproporzionati rispetto alle finalità stesse della norma.

Il Codice della crisi ha ulteriormente ampliato l'ambito di responsabilità in capo al Collegio sindacale cui, in estrema sintesi, è assegnato il compito di verificare costantemente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario, l'andamento della gestione. Al Collegio è altresì richiesta l'immediata attivazione al manifestarsi dei primi significativi segnali di crisi d'impresa, al fine di garantire la costante preservazione del presupposto della continuità aziendale.

L'impatto di questo ulteriore ampliamento delle competenze sui giudizi di responsabilità dipenderà dall'interpretazione che avrà la giurisprudenza nel prosieguo, ma è lecito prevederne un aumento tenuto anche conto del fatto che spesso gli organi di controllo sono i **soli soggetti dotati di una polizza assicurativa**¹. Se la finalità perseguita dal legislatore è quella di ridurre e mitigare il rischio di insolvenza delle imprese italiane assegnando agli organi di controllo un ruolo centrale nel prevenire e affrontare l'evoluzione della crisi d'impresa, allora occorre dedicare **grande attenzione agli effetti prodotti dalle regole di responsabilità** al fine di incentivare condotte virtuose.

È quindi lecito chiedersi se l'attuale impianto normativo sia effettivamente efficiente e ciò, in particolare, con specifico riferimento alle regole in tema responsabilità degli organi di controllo.

Da un punto di vista generale, il Legislatore chiede alle imprese di dotarsi di un assetto amministrativo adeguato non solo alle dimensioni e alla natura dell'impresa, ma anche in funzione dell'obiettivo della capacità di rilevazione tempestiva della crisi. A tale fine, sono istituiti specifici obblighi in capo non solo agli organi di gestione, ma anche agli organi di controllo. Affinché il meccanismo individuato dal legislatore possa funzionare adeguatamente e raggiunga tali obiettivi di sistema, è quindi necessario che il sistema di "early warning" e il tempestivo ricorso ai rimedi per la gestione delle fasi incipienti della crisi siano effettivamente presidiati da figure professionali altamente qualificate e competenti in grado di svolgere adeguatamente le funzioni di controllo.

Per l'efficace svolgimento di un ruolo così determinante è necessario un impegno costante, intenso, in

1) A proposito, perché non prevedere la polizza obbligatoria anche per gli amministratori?

termini qualitativi e quantitativi, e sono richieste competenze tecniche elevate.

In un quadro come quello sommariamente descritto, accompagnato per coloro che assumono funzioni di controllo dal riconoscimento di compensi sempre più spesso assolutamente inadeguati e da crescenti difficoltà nel reperire congrue coperture assicurative a un costo ragionevole, appare concreto il rischio per l'efficienza del sistema che la disponibilità ad assumere ruoli chiave per il monitoraggio e per la prevenzione della crisi e dell'insolvenza delle imprese italiane sia manifestata in larga misura da soggetti **carenti delle necessarie qualità**.

Qualche mese fa una riflessione congiunta di Associazione Italiana Dottori Commercialisti di Milano, della Associazione Studi Legali Associati e del Gruppo di ricerca di Scienze Giuridiche della Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia sulla base delle considerazioni sopra sinteticamente richiamate² ha concluso con una **proposta di intervento legislativo di riforma del regime di responsabilità**, con l'obiettivo di perseguire una migliore efficienza del sistema nel suo complesso. Una proposta formulata secondo l'approccio concettuale in ragione del quale le regole di diritto forniscono incentivi economici ai loro destinatari, i quali orientano le proprie condotte di conseguenza.

Se, dunque, la finalità perseguita dal legislatore è quella di ridurre e mitigare il rischio di insolvenza delle imprese italiane attraverso un efficiente sistema dei controlli, allora occorre dedicare attenzione particolare agli effetti prodotti dalle regole di responsabilità che interessano tali soggetti. Da questo punto di vista appare evidente che l'attuale sistema risarcitorio italiano, fondato sul **principio della responsabilità illimitata** di Sindaci e Revisori, non solo non fornisce un corretto quadro di incentivazione affinché i professionisti più qualificati siano indotti ad assumere ruoli chiave nella gestione del rischio di insolvenza delle imprese, ma non risulta neppure tutelante per i danneggiati, le cui aspettative di compensazione vengono sistematicamente deluse dall'insufficienza patrimoniale dei responsabili.

In quest'ottica il citato gruppo di lavoro è giunto a una proposta di riforma legislativa che agendo sia sul fronte della limitazione quantitativa delle soglie di responsabilità – da modularsi in funzione del grado della colpa del danneggiante e della natura delle società interessate – sia sulla restrizione del campo d'applicazione del regime di solidarietà passiva, contribuisce ad una **più nitida conformazione del rischio** di responsabilità di Sindaci e Revisori in ottica di efficienza del sistema, riducendo l'incertezza e rendendo più agevole per gli assicuratori la valutazione e sottoscrizione del rischio.

In concreto, ferma la responsabilità solidale dei Sindaci con quella degli amministratori per i danni da quest'ultimi cagionati al patrimonio sociale e/o a terzi in conseguenza della colpevole inerzia dei Sindaci che non abbiano adeguatamente vigilato sull'operato degli amministratori, ad avviso del gruppo di lavoro è necessario contrastare quella tendenza ad estendere l'istituto della solidarietà oltre i confini che le sono propri. I Sindaci e i Revisori, in particolare, dovrebbero essere ritenuti responsabili, eventualmente in concorso con gli amministratori, **esclusivamente dei danni che sono diretta conseguenza della loro condotta individualmente considerata** e sempre e solo nel limite del proprio contributo effettivo.

Recentemente, anche altri ordinamenti giuridici europei si sono orientati in senso conforme a quello indicato dal gruppo di lavoro, in armonia con quanto già a suo tempo fatto oggetto di raccomandazione da parte della Commissione Europea.³

Il sistema tedesco, per esempio,⁴ ha di recente innovato il proprio sistema secondo due direttrici principali:

- da un lato, la previsione per le società di adottare un assetto organizzativo interno adeguato all'attività, funzionale ad una sana gestione dell'impresa e al perseguimento della stabilità delle attività, nonché a facilitare il flusso di informazioni e il monitoraggio dei rischi;
- dall'altro, il **ripensamento dei limiti di responsabilità**.

2) Position Paper, *Insolvenza delle imprese e responsabilità degli organi di controllo: un approccio analitico risk-based*, pubblicato nel dicembre 2021, i cui contenuti sono sintetizzati in questo articolo.

3) Raccomandazione della Commissione del 5 giugno 2008 "Limitazione della responsabilità civile dei revisori legali dei conti e delle imprese di revisione contabile", n. C(2008)2274, in GU Unione Europea 21 giugno 2008, n. 162/39.

4) Il Financial Market Integrity Strengthening Act/Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz ("FISG"), del giugno 2020, ha introdotto modifiche, tra l'altro, alla Legge sulle Società per Azioni (Aktiengesetz – "AktG") e al Codice di Commercio (Handelsgesetzbuch – "HGB").

Tenuto conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano, il gruppo di lavoro ha quindi individuato una linea di azione per la auspicabile riforma legislativa del regime di responsabilità di Sindaci e Revisori.

Quanto alla posizione dei Sindaci, il citato lavoro ha suggerito di considerare una modifica del secondo comma dell'art. 2407 c.c., il quale andrebbe sostituito con il seguente testo:

«Ciascun sindaco è individualmente responsabile, in solido con gli amministratori, per i danni cagionati dalla violazione dei doveri su di lui incombenti nel limite del proprio contributo effettivo. Salvo il caso di dolo o colpa grave, il danno risarcibile è limitato a per ciascun sindaco. Tale limite è..... (duplicato/triplicato/quadruplicato) in caso di carica ricoperta in società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio».

Quanto alla posizione dei Revisori, analoga modifica dovrebbe essere apportata al primo comma dell'art. 15 D.Lgs. 39/2010.

La determinazione quantitativa dei limiti all'obbligazione civilistica risarcitoria, così come quella del fattore moltiplicativo previsto per il caso di incarichi riferiti a società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, potrà essere discussa in sede di formulazione dettagliata della proposta di legge, ciò che rileva al momento è stimolare la discussione sui fondamenti logici e le finalità della proposta di intervento di riforma.

Dall'incertezza ad una nuova professionalità per il Sindaco di società

di Marzia Provenzano – Dottore Commercialista e Revisore legale dei conti in Milano

Un attento esame degli interventi qui riportati, che consentono, da diverse angolature e punti di vista, di avere un quadro dettagliato dell'attuale configurazione dell'incarico sindacale nelle società non può che destare giustificate preoccupazioni. I tanti pareri convergono, infatti, in una sostanziale e giustificata identità di vedute, che pone il professionista Sindaco, oggi più che mai, in una posizione ardua, difficile da espletare con sicurezza, in quanto carica di mansioni dai confini operativi incerti, e, correlativamente, esposta a reprimende civili e penali sempre più frequenti e gravose. Provocatoriamente, il Sindaco, si può ben dire, deve, innanzitutto, sperare di operare in società "sane", trasparenti e legalmente ineccepibili, tali da poter escludere situazioni di crisi e/o di conflittualità. In caso diverso, l'ampiezza dei suoi compiti, il non sempre facile utilizzo dei poteri legalmente previsti a sua disposizione, le tensioni tra organi sociali che spesso si generano nei momenti difficili di un'impresa determinano, in sede processuale, la possibilità di valutazioni dell'autorità inquirente e giudicante molto differenziate, così da porre facilmente anche il più attento e scrupoloso dei professionisti in una conseguente incertezza sul giudizio che verrà dato del suo operato.

Nel tentativo di porre delle "linee guida" alle quali far riferimento, il **CNDCEC ha già posto in essere delle direttive** che, spesso, la magistratura utilizza per valutare il caso specifico. Tuttavia, pur plaudendo al lavoro sin qui svolto, non si può dimenticare la settorialità, una giustificata incompletezza e, soprattutto, la mancanza di una loro effettiva efficacia vincolante, sia per il professionista che per la magistratura. **I margini interpretativi rimangono ampi**, le casistiche sempre "innovative", l'accuratezza della prestazione professionale spesso non adeguata alle esigenze dell'attività di impresa. E allora?

Evidenziare le problematiche costituisce sicuramente un primo e necessario passo nella giusta direzione, ma non offre un possibile cambiamento di scenario. Occorre affrontare questa delicata situazione con **attento equilibrio**, ma **anche con urgenza**, se davvero si vuole introdurre semplificazione, trasparenza, oggettività, uniformità che possano generare un rigore giusto, scevro da arbitrarietà, unito ad una serenità professionale, che deve poter esistere.

Mi permetto, a questo punto, di dare il mio modesto contributo ad un auspicabile dibattito che deve, però, **concretizzarsi in programmi** e, quindi, finalmente, in norme/regolamenti ai quali attenersi. Ritengo che la creazione di un "**tavolo operativo**", dove Commercialisti, Magistrati, Avvocati, Professori universitari, rappresentati di categoria possano definire un **vero e proprio protocollo a valenza nazionale**, sia un progetto possibile ed efficace. Ne potranno far parte soggetti che, per esperienza pratica e cultura giuridica/economica, sappiano evidenziare un preciso "indice di casistiche", tratto anche dai tanti casi giurisprudenziali, come dalle norme stesse; dando ad ogni "capitolo" una serie di chiare e precise indicazioni comportamentali, con relative giustificazioni ed esplicitazioni, che ne rendano l'utilizzo incontrovertibile. Il protocollo dovrà avere efficacia vincolante per i professionisti, come per la magistratura, pur nel rispetto

della sua “autonomia”. Ne deriverebbe uno snellimento dei procedimenti e, in molti casi, la possibilità di evitarli. Sicuramente non porterebbe alla risoluzione di ogni problematica, ma, rendendo il tavolo istituzionale, la sua produzione di linee guida sarebbe costantemente aggiornata ed ampliata, mentre il relativo utilizzo diverrebbe prassi automatica, avvertita come supporto e non quale costrizione.

Anticipazioni importanti di un simile organismo ve ne sono già tante e credo che la sua attuazione sia relativamente semplice, senza contare l’effetto di stimolo che ne potrebbe derivare per tanti altri settori che pure necessitano, oggi più che mai, di un’opera di semplificazione e chiarezza.

Accanto a questo, mi sembra doveroso aggiungere uno spunto relativo alle Colleghe ed ai Colleghi. La nostra qualifica offre una “patente” a priori di idoneità allo svolgimento di questo delicato incarico. Credo di non peccare di umiltà nel ritenere che, almeno rispetto a determinate società, un bagaglio di esperienza vissuta e di approfondimenti fatti divengano elementi necessari per affrontare serenamente le tante problematiche che un Sindaco vive nella sua attività.

Potrebbe, quindi, non essere disonorevole ipotizzare che **solo decorsi un certo numero di anni** dall’iscrizione all’Albo professionale e/o la **frequenza di corsi appositi**, oppure una sorta di **tutoraggio** da regolamentare, possano aprire le porte all’assunzione di incarico di Sindaco nelle società.

Queste mie parole sono, forse, “provocatorie”, ma, come già detto, la loro finalità è solo quella di aprire un serio ed immediato dibattito che generi risposte utili ad esercitare nel modo migliore e più sereno la nostra professione.

Quesiti tratti da L'Esperto risponde

Diritto societario - Se la vigilanza è riservata al Collegio sindacale della Srl

5 dicembre 2022 | di Albino Leonardi

D: Negli ultimi tre anni una Srl, che ha un revisore contabile, ha presentato i seguenti parametri: - fatturato di oltre 4 milioni di euro; - numero di dipendenti superiore a 20; - attivo patrimoniale oltre 4 milioni di euro. Questa società - il cui statuto, per questi aspetti, rinvia alle disposizioni di legge - deve dotarsi del Collegio sindacale?

R: La risposta è affermativa: qualora la nomina dell'organo di controllo sia obbligatoria, è necessario che i compiti di vigilanza (articolo 2403 del Codice civile) siano attribuiti al Collegio sindacale (sindaco unico, nel caso di Srl). L'articolo 2477, terzo comma, del Codice civile stabilisce che, al verificarsi di determinati presupposti (bilancio consolidato, controllo di società soggetta alla revisione legale, superamento per due esercizi consecutivi di almeno due parametri fra i seguenti: 4 milioni di euro di totale attivo; 4 milioni di euro di ricavi per vendite e prestazioni; 20 unità mediamente occupate nell'esercizio), scatta l'obbligo di nomina di un organo di controllo "o" di un revisore legale. Questo ha portato alcuni ad ammettere l'attribuzione della vigilanza al revisore legale (si vedano il documento di ricerca Assirevi 247 dell'aprile 2022 e la massima 124 del Consiglio notarile di Milano). Tuttavia questa interpretazione:

- si pone in contrasto con i richiami al contenuto della vigilanza presenti nel sistema (articoli 2357, 2365, primo comma, 2378, quarto comma, 2386, 2389, 2426, numeri 5 e 6, 2437-ter, 2441, 2446, 2447, 2482-bis, del Codice civile);
- è in conflitto con i codici di autoregolamentazione dell'attività di revisione, che vieta l'assunzione della vigilanza da parte del revisore (articoli 14 e 16 del Dlgs 39/2010 e articoli 1 e 51 della Direttiva 78/660/Cee);
- genera situazioni di incoerenza logico-sistematica per le quali è impossibile parlare di "adeguati assetti" secondo il citato articolo 2086 del Codice civile. La vigilanza è, infatti, una esclusiva del Collegio sindacale, che è un organo societario e che, per tale ragione, in determinati casi, assume competenze sostitutive a quelle degli altri organi sociali. Al contrario, il revisore legale non è un soggetto organico al governo dell'impresa, ma un prestatore di servizi che assicura l'affidabilità delle rilevazioni contabili e che, di conseguenza, non è obbligato (né legittimato) alle segnalazioni previste dall'articolo 25-bis del Dlgs 14/2019.

Visto conformità imposte dirette

24 novembre 2022 | di Federico Gavioli

D: Nell'ipotesi che una società abbia contemporaneamente il Sindaco Unico o il Collegio sindacale e la Società di Revisione, chi appone il visto di conformità per la compensazione dei crediti IRES e IRAP?

R: La dichiarazione dei redditi nelle società di capitali deve essere sottoscritta anche dai soggetti che sot-

toscrivono la relazione di revisione ossia:

- dal revisore legale iscritto nel Registro istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze;
- dal responsabile della revisione (ad esempio il socio o l'amministratore) se trattasi di società di revisione iscritta nel Registro istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze;
- dal Collegio sindacale.

Il soggetto che effettua il controllo contabile deve, inoltre, indicare il proprio codice fiscale. Il riquadro del visto di conformità della dichiarazione dei redditi va compilato ai sensi dell'art. 35, D.Lgs. n. 241/1997, dal responsabile dell'assistenza fiscale dei centri di assistenza fiscale (CAF), che su richiesta del contribuente:

- a) rilascia un visto di conformità dei dati delle dichiarazioni predisposte dal centro, alla relativa documentazione e alle risultanze delle scritture contabili, nonché di queste ultime alla relativa documentazione contabile;
- b) assevera che gli elementi contabili ed extracontabili comunicati all'amministrazione finanziaria e rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore/ISA corrispondono a quelli risultanti dalle scritture contabili e da altra documentazione idonea.

La normativa prevede inoltre che, il responsabile dell'assistenza fiscale dei CAF:

- a) rilascia, su richiesta del contribuente, un visto di conformità dei dati delle dichiarazioni unificate alla relativa documentazione;
- b) rilascia un visto di conformità dei dati esposti nelle dichiarazioni alla relativa documentazione. Infine, gli iscritti negli albi dei dottori commercialisti, dei ragionieri e dei periti commerciali e dei consulenti del lavoro, e i soggetti iscritti alla data del 30 settembre 1993 nei ruoli di periti ed esperti tenuti dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura per la sub-categoria tributi, in possesso di diploma di laurea in giurisprudenza o in economia e commercio o equipollenti o diploma di ragioneria, abilitati alla trasmissione telematica delle dichiarazioni, rilasciano, su richiesta dei contribuenti, il visto di conformità e l'asseverazione relativamente alle dichiarazioni da loro predisposte.

Diritto societario - Spa, è ammessa la scissione senza ok del Collegio sindacale

7 novembre 2022 | fascicolo n. 43 | di Gianluca Dan

D: I soci di una Spa vorrebbero procedere a una scissione parziale della società, ma il Collegio sindacale non approva l'operazione straordinaria. I soci stessi possono comunque procedere alla scissione anche senza il consenso dell'organo di controllo, eventualmente esonerando il collegio da responsabilità?

R: Le norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate predisposte dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili - non vincolanti per il collegio, ma comunque utili in quanto suggeriscono e raccomandano modelli comportamentali da adottare per svolgere correttamente l'incarico di sindaco - prevedono che «in ipotesi di fusione o di scissione di società, il Collegio sindacale, nello svolgimento della funzione riconosciutagli dalla legge, vigila sull'osservanza da parte dell'organo amministrativo delle norme di legge e di statuto applicabili. Sulla base delle informazioni acquisite dall'organo amministrativo e dal soggetto incaricato della revisione legale, il Collegio sindacale verifica il rispetto dei principi di corretta amministrazione» (norma 10.4 dei principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate). Le norme di legge non prevedono un esplicito assenso del Collegio sindacale nelle operazioni di fusione o di scissione, come avviene, per esempio, per l'iscrizione all'attivo di bilancio dei costi di impianto e di ampliamento, dei costi di sviluppo aventi utilità pluriennale (articolo 2426, n. 5, del Codice civile), nonché dell'avviamento (articolo 2426, n. 6, del Codice civile). Pertanto, gli amministratori e l'assemblea potrebbero ugualmente dare corso all'operazione di scissione anche a fronte del dissenso del Collegio sindacale, salvo valutare attentamente le indicazioni del collegio medesimo, anche per la responsabilità che grava sugli amministratori per la correttezza del loro operato.

Si evidenzia, al riguardo, che la vigilanza sul comportamento diligente degli amministratori da parte del Collegio sindacale non consiste in un controllo di merito sull'opportunità e sulla convenienza delle scelte di gestione degli amministratori, bensì riguarda esclusivamente gli aspetti di legittimità delle scelte stesse e la verifica della correttezza del procedimento decisionale degli amministratori.

Sindaco e Revisore

14 giugno 2022 di Andrea Marchegiani

D: Sono componente del Collegio sindacale e Revisore di una Sp.A. Il titolare effettivo di questa S.p.A (socio di maggioranza) vorrebbe incaricarmi di trovare un acquirente per una parte del suo pacchetto azionario conferendomi un incarico di advisor. Si chiede se l'accettazione di tale incarico. è da considerare incompatibile con la mia carica di sindaco e revisore.

R: L'indipendenza e l'imparzialità sono requisiti fondamentali da avere per un revisore o sindaco di una società. Visti gli articoli dal 10, 10-bis, 10-ter e 17 del D.Lge 39/2010, rilevati i principali ISA in materia di revisione nonché il D.M. numero 261 del 28 dicembre 2012, nonché alla luce delle disposizioni contenute nell'articolo 2399 del Codice Civile si deve ritenere che, per ciò che riguarda la situazione prospettata dal gentile lettore, ad un'eventuale controllo degli organi competenti potrebbero segnalare un'eccessiva commistione di interessi tale da mettere in discussione l'imparzialità e la totale indipendenza del revisore stesso. Il cortese lettore non indica nella domanda se sussistano o meno i limiti dimensionali per cui risulta obbligatoria la nomina del revisore. Si deve ritenere che ove sussista l'obbligo della nomina lo stesso va adempiuto nell'Assemblea dei soci che approva il bilancio al 31 dicembre 2021 a nulla rilevando quanto previsto dalla Legge 147/2021.

Appuntamenti

Circolare per il Professionista
realizzata da 24 Ore Professionale
per Ordine dei Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano

24ORE
PROFESSIONALE

GLI APPUNTAMENTI IN AGENDA

QUANDO	COSA	DOVE	PERCHÈ
21 febbraio 2023 ore 14.30-17.30	Adempimenti e organizzazione delle funzioni antiriciclaggio per i professionisti	Diretta Meeting Teams https://bit.ly/3D7HShe	L'evento in programma è di supporto all'obbligo di formazione previsto per tutti gli iscritti all'Albo dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, e si propone di esaminare in un contesto organizzativo ed operativo gli aspetti relativi alla normativa antiriciclaggio. La partecipazione all'evento permette di maturare 7 crediti formativi.
7, 14, 21, 30 marzo 2023 ore 14-17 4 aprile 2023 ore 14-18	CORSO MICROSOFT POWER BI I modulo	Microsoft Teams Prenotazione obbligatoria https://www.odcec.mi.it/area-riservata-iscritti	Materia obbligatoria, non utile per la revisione legale. La partecipazione al percorso permette di maturare 16 crediti formativi.
11, 18, 27 aprile 2023 3, 10 maggio 2023 ore 14-17 17 maggio 2023 ore 14-18	CORSO MICROSOFT POWER BI II modulo	Microsoft Teams Prenotazione obbligatoria https://www.odcec.mi.it/area-riservata-iscritti	Materia obbligatoria, non utile per la revisione legale. La partecipazione al percorso permette di maturare 16 crediti formativi.