

Anno 9 – Numero 18

5 ottobre 2011

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

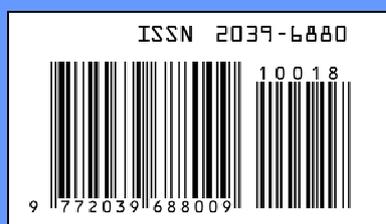
DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- Sindaci: norme di comportamento
- Trasformazione omogenea progressiva
- Due diligence: responsabilità civile

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

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

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



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paolo Efsio Corrias, Emanule Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Revigliolo, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

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

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

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

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Alessandra Bonfante, Matteo Centuori, Massimiliano Desalvi, Angelo Miglietta, Valerio Sangiovanni, Flavio Servato

INDICE

	<i>Pag.</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>La contabilità quale strumento per la rilevazione dei fatti amministrativi</i> di Angelo Miglietta e Flavio Servato	7
<i>Considerazioni in merito al testo provvisorio della Norma di comportamento del collegio sindacale n. 9, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'art. 2486, comma 5, c.c.</i> di Massimiliano Desalvi e Matteo Centuori	26
<i>Due diligenze, trattative e fattispecie di responsabilità civile</i> di Valerio Sangiovanni	42
PROBLEMI DELLA PRASSI	
<i>La relazione di stima nell'ambito della trasformazione</i> di Alessandra Bonfante	61
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	70
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	72
INFORMAZIONE CONVEGNI	76

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

La contabilità quale strumento per la rilevazione dei fatti amministrativi

Il saggio, nella prospettiva di fornire strumenti di comprensione del bilancio d'esercizio al giurista, illustra il sistema della partita doppia impiegato per la rilevazione dei fatti amministrativi.

di Angelo Miglietta e Flavio Servato

Considerazioni in merito al testo provvisorio della Norma di comportamento del collegio sindacale n. 9, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'art. 2486, comma 5, c.c.

Esame delle attività del collegio sindacale alla luce delle Norme di comportamento già approvate dall'ODCEC. Analisi del testo provvisorio della Norma n. 9 in materia di attività del collegio sindacale in caso di omissione degli amministratori, con particolare riferimento all'istituto della gestione ordinaria della società da parte del collegio sindacale in caso di cessazione dell'intero organo amministrativo, ai sensi del disposto dell'art. 2486, comma 5, c.c.

di Massimiliano Desalvi e Matteo Centuori

Due diligence, trattative e fattispecie di responsabilità civile

Le acquisizioni di partecipazioni societarie sono, di norma, precedute da un'attività di due diligence da parte del potenziale acquirente. Sia che le successive trattative giungano a esito positivo, mediante la conclusione del contratto di acquisizione, sia che esse si arenino, si possono porre problemi di responsabilità civile. L'obiettivo di questo scritto è quello d'indagare le problematiche di responsabilità che si pongono nelle fasi preliminari (due diligence e trattative) delle acquisizioni societarie. La materia è di considerevole rilevanza pratica, anche se risulta poco trattata in giurisprudenza, probabilmente per il fatto che le liti sul punto vengono generalmente risolte per via arbitrale (e rimangono pertanto riservate).

di Valerio Sangiovanni

PROBLEMI DELLA PRASSI

La relazione di stima nell'ambito della trasformazione

L'Autrice esamina la funzione, il contenuto e le modalità di redazione della relazione di stima nell'ipotesi di trasformazione da società di persone in società di capitali.

di Alessandra Bonfante

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
STUDIES AND OPINIONS	
Accounting as a tool to point out the administrative decisions	7
<i>This paper, in order to provide the lawyer with some tools for the comprehension of the balance sheet, shows the double-entry accounting's system used to point out the administrative decisions.</i>	
by Angelo Miglietta e Flavio Servato	
Considerations about the “Collegio Sindacale’s” (Board of statutory auditors’) conduct rule n. 9, with particular interest to art. 2486, paragraph 5, c.c.	26
<i>Exam of the Collegio Sindacale’s (Board of statutory auditors’) activities in the light of the Conduct’s Rules, approved by the ODCEC. Analysis of the temporary text of the Rule n. 9, concerning the activity of the Board of statutory auditors in case of omission by the directors, with particular reference to the company’s ordinary management when the entire administrative body is no longer operative, according to art. 2486, paragraph 5, c.c.</i>	
by Massimiliano Desalvi e Matteo Centuori	
Due diligence, negotiations and civil liability	42
<i>Purchasers of shares usually behave with “due diligence”. Nevertheless, issues of civil liability can arise whether negotiations are successful or not. The aim of this essay is to investigate on profiles of civil liability emerging from preliminary stages of shares’ buy-outs. The theme is essentially ignored by case law, considering that legal disputes, resolved through arbitration, remain confidential.</i>	
by Valerio Sangiovanni	
PROBLEMS IN PRACTICE	
Relation of assessment in companies’ transformation	61
<i>The authoress examines function, content and form of the relation of assessment in the case that a partnership is transformed into a company.</i>	
by Alessandra Bonfante	

LA CONTABILITÀ QUALE STRUMENTO PER LA RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI (Parte I)

Il presente lavoro costituisce una sintesi della prima parte del Capitolo I del libro “Elementi di bilancio e finanza aziendale per giuristi”, di Angelo Miglietta (a cura di), Alessandro Danovi, Maurizio Irrera e Flavio Servato, Cedam, Padova, 2011. Tale volume, oltre alla contabilità, si sofferma – con un focus specifico per la realtà giuridica – anche sulle tematiche di bilancio, controlli interni, analisi di bilancio e creazione di valore, integrati da mirati approfondimenti di diritto commerciale.

Nel corso della presente trattazione verranno illustrate le principali caratteristiche del metodo della partita doppia impiegato per la rilevazione dei fatti amministrativi.

di ANGELO MIGLIETTA, FLAVIO SERVATO

1. Introduzione

Il metodo della partita doppia risale ad un frate francescano, Luca Paciolo (ricordato anche come Pacioli). Secondo alcuni Autori, il frate, per soddisfare le esigenze di gestione degli affari del Duca di Urbino, dedicò una parte dei suoi studi alle applicazioni contabili, tanto da essere ricordato ancora oggi come *il padre della ragioneria e del metodo della partita doppia*. Tuttavia, il Paciolo non inventò ma descrisse semplicemente il metodo veneziano utilizzato per le rilevazioni degli affari scritti sotto forma di libro a doppia rilevazione, tratti dai quaderni sui quali i mercanti veneziani, genovesi, fiorentini e pisani rilevavano le loro attività commerciali¹.

Nello svolgimento delle sue attività, l'impresa svolge un continuo processo di *acquisto, trasformazione e vendita*, in quanto acquisisce sul mercato una serie di input (quali ad esempio le materie prime, il lavoro, i mezzi di produzione, l'energia elettrica, ecc.), i quali saranno sottoposti ad un processo di trasformazione per mezzo del quale si

¹ Per approfondimenti si veda la presentazione di Alda Barella e Flavio Dezzani della versione in Italiano a cura di Vincenzo Gitti di Luca Paciolo, *Tractatus de computis et scripturis*, Genesi Editrice, 1978, da pag. 12.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

ottengono degli output (quali i beni e i servizi) che saranno reintrodotti sul mercato mediante la vendita. Lo schema di funzionamento dell'impresa è riportato nella tavola seguente.

Tavola 1. – Il processo di acquisto-trasformazione-vendita



L'obiettivo fondamentale della contabilità è la produzione del *bilancio d'esercizio*, che il quale rappresenta tutte le operazioni (i cosiddetti fatti amministrativi) che l'impresa ha svolto durante l'anno e costituisce un fondamentale strumento per valutare se l'impresa attraverso il suo processo di acquisto-trasformazione-vendita ha creato ricchezza (cioè utili) e come è composto in un determinato momento il suo patrimonio.

Calcolare periodicamente il reddito prodotto dall'impresa è fondamentale per²:

- determinare la base su cui fondare il prelievo di parti del reddito (ad esempio con dividendi, compensi ad amministratori, ecc.);
- fornire informazioni al management e ai soci dell'impresa per poter esprimere un giudizio sulla gestione passata;
- controllare l'andamento della gestione rispetto alle previsioni, analizzando gli scostamenti tra i dati preventivi (budget) e quelli consuntivi (bilancio)³.

2. La logica di funzionamento del metodo della partita doppia

Il metodo della partita doppia si fonda sull'utilizzo, in modo simultaneo e contrapposto (o antitetico), di *due o più conti*⁴.

² Per approfondimenti si veda FERRERO G., DEZZANI F., PISONI P., PUDDU L., CAMPRA M, *Contabilità e bilancio d'esercizio*, Giuffrè, Milano, 2004, da pag. 5.

³ Per approfondimenti si veda BRUSA L., *Sistemi manageriali di programmazione e controllo*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁴ Per approfondimenti sul metodo della partita doppia si vedano tra tutti FERRERO G., DEZZANI F., PISONI P., PUDDU L., CAMPRA M, *Contabilità e bilancio d'esercizio*, Op. Cit; CAMPRA M. CANTINO V, *Contabilità e bilancio d'esercizio – Casi ed esercizi*, Giappichelli,

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

I *conti* sono dei “raccoltori omogenei” di informazioni riferite ad un determinato oggetto (ad esempio: la cassa, la banca, i ricavi, i costi, i crediti, ecc.).

La “logica” alla base del metodo è la rilevazione delle operazioni (o fatti amministrativi) sotto *due fondamentali aspetti di osservazione*, con lo scopo di ottenere delle informazioni utili per capire il reddito dell’impresa e le sue grandezze finanziarie e patrimoniali.

Tali aspetti di osservazione si riferiscono a due categorie di conti:

- i *conti finanziari*, che rilevano gli aspetti legati al denaro, vale a dire quelli relativi a movimenti di cassa, banca, crediti, debiti, ecc.;
- i *conti economici*, che rilevano aspetti di tipo economico.

In particolare, i conti economici possono essere ulteriormente distinti in:

- conti economici di reddito.
- conti economici di capitale.

I *conti economici di reddito* sono *componenti positivi e negativi di reddito*, vale a dire ricavi o costi che andranno a aumentare o ridurre l’utile d’esercizio dell’impresa.

I *conti economici di capitale* sono aspetti economici che si riferiscono al capitale dell’impresa (ad esempio al capitale sociale, alle riserve, ecc.).

Tralasciando per il momento i conti economici di capitale, proviamo a chiarire questi aspetti ripensando al processo di acquisto e a quello di vendita dell’impresa.

Nel momento in cui si effettua un acquisto di beni si hanno due distinti aspetti di osservazione: da un lato l’impresa diventa *giuridicamente proprietaria* di un bene e quindi potrà disporre dello stesso nello svolgimento della sua attività; dall’altro, a seguito dell’acquisto, l’impresa dovrà procedere al pagamento di tali beni. Per questo motivo avremo un *aspetto economico* (cioè un conto di tipo economico) legato al *costo di acquisto* e un *aspetto finanziario* (cioè un conto finanziario) legato all’*uscita monetaria*, la quale può essere *immediata* (pagamento immediato con uscita di banca o di cassa) o *differita* (il pagamento è temporalmente differito, quindi l’impresa ha un debito nei confronti del suo fornitore).

Analogamente – al termine del processo di trasformazione – l’impresa dispone di prodotti che cederà sul mercato. Nel momento in cui vende tali prodotti l’impresa cede la proprietà del prodotto che quindi esce dalla sua “sfera giuridica”, ma a seguito della vendita incassa il valore di tali prodotti. Pertanto ci sarà un *aspetto economico* che è il *ricavo di vendita* e un *aspetto finanziario* legato all’*entrata monetaria*, che può essere *immediata* o *differita* (quindi l’impresa vanta un credito nei confronti del suo cliente).

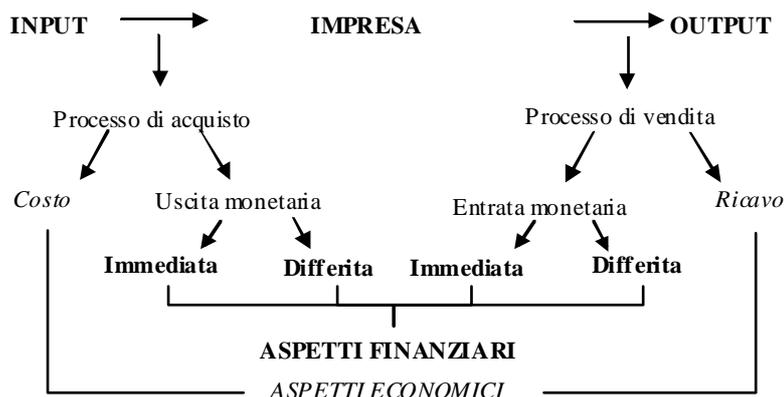
La sintesi di tali aspetti è riportata nella tavola seguente.

Torino, 2000; TIEGHI M., GIGLI S., *Introduzione alla contabilità e al bilancio di esercizio*, Il Mulino, 2007.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Tavola 2. – Gli aspetti economici e finanziari⁵.



Dal punto di vista finanziario, si possono verificare le seguenti variazioni:

- *Variazioni finanziarie attive* (che di seguito abbrevieremo con VFA)
- *Variazioni finanziarie passive* (di seguito VFP).

Le variazioni finanziarie attive riguardano le entrate di cassa, le entrate di banca, il sorgere di crediti o l'estinzione di debiti, mentre le variazioni finanziarie passive, al contrario, si riferiscono a uscite di cassa o di banca, al sorgere di debiti o all'estinzione di crediti.

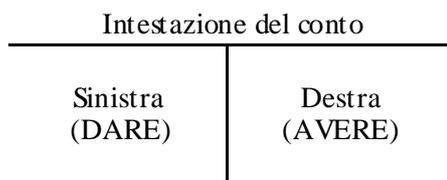
Dal punto di vista economico, possiamo avere:

- *variazioni economiche negative* (VEN);
- *variazioni economiche positive* (VEP).

Le prime si riferiscono a componenti negativi di reddito, quali il sorgere di costi, oppure a variazioni in diminuzione del patrimonio netto. Le variazioni economiche positive, invece, sono legate a componenti positivi di reddito (ad esempio il sorgere di ricavi) o ad aumenti di patrimonio netto.

Il conto.

Fondamentali nel metodo della partita doppia, i conti assumono una forma grafica a "T" con due distinte sezioni, una di sinistra e una di destra, la cui rappresentazione è la seguente:



⁵ Elaborato da FERRERO G., *Impresa e management*, Giuffrè 1987.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Una fondamentale convenzione/prassi identifica la sezione di sinistra con il termine “*dare*” e quella di destra con “*avere*” e prevede che:

- le variazioni finanziarie attive (VFA) vanno registrate in dare;
- le variazioni finanziarie passive (VFP) si rilevano in avere;
- le variazioni economiche negative (VEN) sono contabilizzate in dare;
- le variazioni economiche positive (VEP) sono registrate in avere.

Di seguito si fornisce una tavola di sintesi delle variazioni con alcuni esempi.

Tavola 3. – Sintesi variazioni e movimentazioni

	Dare (sinistra)	Avere (destra)	
Variazioni finanziarie attive (VFA)	+ cassa + banca + crediti - debiti	- cassa - banca + debiti - crediti	Variazioni finanziarie passive (VFP)
Variazioni economiche negative (VEN)	+ costi - ricavi - patrimonio netto	+ ricavi - costi + patrimonio netto	Variazioni economiche positive (VEP)

Esempio 1

Un'impresa acquista in data 10/05 materie prime per 10.000,00 Euro, il cui pagamento avverrà in via differita il 10/07.

In data 10/05 si avranno due aspetti:

- il primo è legato al sorgere del debito verso il fornitore (dal momento che l'impresa pagherà in data 10/07), che costituisce una variazione finanziaria passiva (VFP) e che sarà contabilizzata in avere del conto “debiti vs fornitori”, per 10.000,00 Euro;
- il secondo è il sorgere di un costo, in quanto con l'acquisto l'impresa è diventata proprietaria dei beni), che costituisce una variazione economica negativa (VEN), in dare del conto “materie prime c/acquisti”, per 10.000,00 Euro.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Materie prime c/acquisti	Debiti vs fornitori
10.000,00	10.000,00

Un'impresa vende prodotti finiti in data 20/06 per 15.000,00 Euro, il cui incasso avverrà in via differita il 20/09.

In data 20/06 si avranno due aspetti:

- il primo è legato al sorgere di un credito verso il cliente, che costituisce una variazione finanziaria attiva (VFA), contabilizzata in dare del conto "crediti vs clienti", per 15.000,00 Euro;
- il secondo è il sorgere di un ricavo, che costituisce una variazione economica positiva (VEP), in avere del conto "prodotti finiti c/vendite", per 15.000,00 Euro.

Crediti vs clienti	Prodotti finiti c/vendite
15.000,00	15.000,00

Il libro giornale.

Il libro giornale permette di rilevare in modo cronologico tutte le operazioni di gestione. D'ora in avanti si utilizzerà la seguente rappresentazione:



Pertanto, riprendendo i dati dell'esempio precedente, la scrittura contabile al momento dell'acquisto è:

		Dare	Avere
VEN	Materie prime c/acquisti	10.000,00	
VFP	Debiti vs fornitori		10.000,00

Il bilancio (cenni).

Lo scopo fondamentale del metodo della partita doppia è la produzione del bilancio d'esercizio, il quale sarà trattato in modo specifico nel secondo capitolo del volume.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Tuttavia, occorre anticipare che il bilancio ha lo scopo fondamentale di determinare il *reddito d'esercizio* e il connesso *capitale di funzionamento*, i quali sono rappresentati negli schemi di *conto economico* e di *stato patrimoniale*.

Il *conto economico* è un prospetto che mette in evidenza i componenti positivi e negativi di reddito (quindi i costi e ricavi d'esercizio ossia le variazioni economiche positive e negative di reddito), dalla cui differenza si determina il risultato d'esercizio. Lo *stato patrimoniale*, invece, mostra la situazione finanziaria e patrimoniale dell'impresa in un determinato momento, cioè nel giorno di chiusura dell'esercizio. Esso è diviso in due sezioni, l'*attivo* e il *passivo*, che mettono in luce rispettivamente le attività (quali le immobilizzazioni, le rimanenze, i crediti, le disponibilità liquide, ecc.) da una parte e le passività (cioè i debiti) e il patrimonio netto dall'altro. Quest'ultimo rappresenta la "ricchezza" dell'impresa in un determinato momento, la quale è costituita dal *capitale sociale* dell'impresa, dalle *riserve* e dall'*utile d'esercizio* determinato nel conto economico. Di seguito si fornisce uno schema sintetico dei due prospetti di bilancio.

Tavola 4. – Schema sintetico di Stato patrimoniale e Conto economico.

<i>Stato patrimoniale</i>	
<i>Attivo</i>	<i>Passivo</i>
Immobilizzazioni	Patrimonio netto composto da:
Rimanenze	Capitale sociale
Crediti	Riserve
Banca/Cassa	Utile d'esercizio ○
	Debiti
<i>Totale attivo</i>	<i>Totale passivo</i>
	<i>Conto economico</i>
	Ricavi
	- Costi
	= Utile d'esercizio ○

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

3. Gli acquisti di beni e servizi

Con il processo di acquisto l'impresa acquisisce sul mercato tutti quei beni o servizi necessari per lo svolgimento dell'attività di impresa. A seconda dell'oggetto, possiamo distinguere gli acquisti in tre categorie:

- *acquisti di beni a fecondità semplice;*
- *acquisti di servizi;*
- *acquisti di immobilizzazioni* (o beni a fecondità ripetuta).

Nella prima categoria rientrano gli acquisti di merci, materie prime, materiali di consumo, ecc. ossia di quei beni che cederanno la loro utilità nel momento in cui saranno impiegati nel processo produttivo.

La seconda categoria, quella dei servizi, si riferisce a prestazioni professionali o a servizi di varia natura.

Infine, le immobilizzazioni sono degli acquisti di elementi che potranno essere "consumati" non solo nell'esercizio in corso ma per più anni, in quanto la loro utilità non si esaurisce in un solo momento (come invece per la prima categoria) ma è prolungata nel tempo. Proprio per questo motivo vengono anche chiamati immobilizzazioni o fattori a fecondità ripetuta e si riferiscono ad esempio a immobili, terreni, macchinari, brevetti, licenze, ecc.

Le operazioni di acquisto si concretizzano nel momento in cui si realizzano gli *effetti giuridici* derivanti dai rispettivi contratti e, quindi, nel momento in cui sorge il debito verso il fornitore. Non è quindi rilevante ai fini contabili il solo momento del pagamento, ma anche il momento antecedente nel quale sorge un debito verso il nostro fornitore.

Pertanto, nel momento in cui avverrà lo *scambio del bene* e ci sarà il *passaggio di proprietà*, l'impresa acquirente otterrà un bene (che diventa di sua proprietà e di cui può disporre come meglio ritiene) ma contemporaneamente la stessa impresa avrà un debito verso il suo fornitore.

Di conseguenza si avranno due distinti aspetti:

- il sorgere di un debito verso il fornitore, che costituisce una variazione finanziaria passiva (VFP), in avere;
- il sorgere di un costo per l'acquisto, che rappresenta una variazione economica negativa (VEN), in dare.

Quest'ultimo aspetto di costo assume connotati diversi a seconda della tipologia di operazione (se bene a fecondità semplice, servizio o immobilizzazione), mentre l'aspetto finanziario è sempre rappresentato da un debito.

Nel mondo aziendale, infatti, la concessione di dilazioni di pagamento costituisce una *prassi consolidata*. Questo significa che l'impresa che acquista dei beni da un suo fornitore normalmente usufruisce di una dilazione di pagamento, che naturalmente è in

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

funzione di diversi elementi, quali il potere contrattuale, le quantità acquistate, la solvibilità del cliente, ecc.

3.1. L'imposta sul valore aggiunto – IVA

Un elemento fondamentale che interessa i processi di scambio è l'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA), ossia un'imposta che colpisce indirettamente il reddito attraverso i consumi, che è stata istituita con il D.P.R. n. 633 del 16 ottobre 1972.

L'art. 1 del decreto prevede: “*L'imposta sul valore aggiunto si applica sulle cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese o nell'esercizio di arti e professioni e sulle importazioni da chiunque effettuate*”.

Dall'analisi di questo articolo emergono tre requisiti fondamentali per l'applicazione dell'IVA:

- *presupposto oggettivo*: l'Iva si applica alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi;
- *presupposto soggettivo*: sono soggette ad Iva le operazioni realizzate da imprese o nell'esercizio di arti e professioni;
- *presupposto territoriale*: sono soggette ad Iva tutte le cessioni di beni o le prestazioni di servizi effettuate nel territorio dello Stato italiano.

L'Iva colpisce il *valore aggiunto* prodotto dall'impresa, ossia la differenza tra il valore di acquisto dei fattori produttivi e quello di vendita dei prodotti/servizi.

Il meccanismo di applicazione dell'Iva prevede che l'impresa all'atto dell'acquisto versi l'imposta direttamente al suo fornitore (pagando pertanto un importo più elevato perché comprensivo di Iva). Allo stesso modo, nel momento in cui l'impresa vende dei prodotti aggiunge al prezzo di vendita l'Iva, che riscuote direttamente dal proprio cliente.

Pertanto, l'Iva versata al fornitore – nel caso di acquisto – costituisce un *credito nei confronti dell'Erario*, mentre l'Iva riscossa dal cliente nella vendita rappresenta un *debito verso l'Erario*.

Periodicamente le imprese e i professionisti dovranno *liquidare* l'Iva (ad esempio ogni mese o ogni trimestre a seconda del regime fiscale), dove per liquidare si intende la differenza tra il totale dell'Iva a debito del periodo meno la corrispondente Iva a credito. Se l'Iva a debito è superiore di quella a credito, l'impresa dovrà versare all'Erario la differenza, mentre nel caso opposto l'impresa risulterà creditrice nei confronti dell'Erario.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Esempio 2

Nell'ambito della produzione e distribuzione di frutta vi sono tre soggetti:

- A: impresa agricola che ha a disposizione dei terreni e che ottiene della frutta che rivende a B;
- B: è un'impresa distributrice che acquista la frutta da A e la rivende direttamente ai consumatori finali;
- C: consumatore finale.

A vende beni a B ad un prezzo di 50,00 euro. L'operazione presenta tutti i requisiti di applicazione dell'imposta e quindi è soggetta ad Iva (che ipotizziamo per semplicità di calcolo essere pari al 20%). Questo significa che quando l'impresa B acquisterà da A dovrà pagare oltre ai 50,00 euro l'Iva (pari al 20% di 50,00 euro, cioè 10,00 euro). I 10,00 euro di Iva che B paga all'impresa A costituiscono per B un credito nei confronti dell'Erario, quindi Iva a credito. Viceversa, l'impresa A vende merci per 50,00 euro (che costituiscono un ricavo), ma incassa oltre ai 50,00 euro anche 10,00 euro di Iva (il 20% di 50,00 euro). Pertanto per l'impresa A l'Iva costituisce un debito verso l'Erario, quindi Iva a debito.

Successivamente l'impresa B vende al consumatore finale C la frutta, ad un prezzo di 150,00 euro + Iva 20%. Questo significa che B ha un ricavo di vendita di 150,00 euro, ma incassa anche l'Iva (pari al 20% di 150,00 euro, cioè 30,00 euro), per un totale di 180,00 euro. C non svolge attività professionale o di impresa e destina il bene al proprio consumo, di conseguenza l'Iva non costituisce un credito verso l'Erario ma rappresenta un costo.

La situazione complessiva è la seguente:

A		B		C	
Vende	50	Compra	50	Vende	150
Iva a debito	10	Iva a credito	10	Iva a debito	30
Totale	60	Totale	60	Totale	180

Iva da versare 10 Iva da versare (30-10) = 20 Iva versat a 30

La fattura.

Un documento fondamentale ai fini Iva è la fattura⁶, la quale, oltre a permettere di calcolare l'Iva, è anche alla base delle rilevazioni contabili delle imprese sia in caso di emissione che di ricezione.

La fattura può essere emessa in formato *cartaceo* o *elettronico* e deve essere datata e numerata in ordine progressivo per anno solare.

⁶ A seconda delle caratteristiche dell'attività esercitata può essere emessa anche la ricevuta fiscale o lo scontrino fiscale.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Il momento in cui l'operazione è effettuata (art. 6 DPR 633/72) dipende dal tipo di cessione. In particolare:

- per le cessioni di beni: è fondamentale il momento della stipulazione dell'atto per i beni immobili e il momento della consegna o spedizione per i beni mobili. (*omissis*);
- per le prestazioni di servizi: la fattura deve essere emessa all'atto del pagamento del corrispettivo.

3.2. Gli acquisti di beni e fecondità semplice.

Gli acquisti di beni a fecondità semplice si riferiscono a merci, materie prime, materiali di consumo, semilavorati, ecc. che daranno la loro utilità nel momento in cui verranno utilizzati nel processo produttivo.

Esempio 3

Un'impresa acquista materie prime per un valore complessivo di 1.000,00 Euro, il cui pagamento avverrà in via differita a 60 giorni. La fattura sarà così composta:

Materie prime 1.000,00 → Costo acquisto materie prime
Iva (20%) 200,00 → Iva ns credito
Totale fattura 1.200,00 → Debito vs fornitore

Di conseguenza abbiamo tre distinti aspetti:

- il debito verso il fornitore, che sostituisce una variazione finanziaria passiva, in avere del conto "Debiti vs fornitori", per 1.200,00 euro;
- il costo di acquisto, che è una variazione economica negativa, in dare del conto "Materie prime c/acquisti", per 1.000,00 euro;
- l'Iva sull'acquisto, che costituisce un credito e che è una variazione finanziaria attiva in dare del conto "Iva ns credito", per 200,00 euro.

Nel momento in cui l'impresa riceve la fattura di acquisto si effettua la seguente scrittura contabile:

		Dare	Avere
VEN	Materie prime c/acquisti	1.000,00	
VFA	Iva ns credito	200,00	
VFP	Debiti vs fornitori		1.200,00

Materie prime c/acquisti	Iva ns credito	Debiti vs fornitori
1.000,00	200,00	1.200,00

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Acquisti ad Iva indetraibile.

Qualora l'impresa o il professionista effettui un acquisto di beni non inerenti con la sua attività, con il processo produttivo o con i propri ricavi, tali acquisti non sono detraibili ai fini Iva. Questo significa che l'Erario non riconosce il credito per Iva e di conseguenza l'imposta si considera come un maggior costo per l'impresa.

Rettifiche degli acquisti.

Le rettifiche di acquisti si riferiscono a "riduzioni" di acquisti, ad esempio per i resi, cioè delle restituzioni di beni ai fornitori per ritardi nelle consegne, non conformità, carenze qualitative, ecc. In questo caso viene emesso un documento, la *nota di addebito*, che rettifica l'operazione anche da un punto di vista fiscale e contabile.

3.3. Il pagamento dei debiti.

Da un punto di vista amministrativo e contabile il processo di acquisto è distinto in due "fasi":

- la *liquidazione*: ossia il momento in cui l'impresa riceve la fattura di acquisto e quindi rileva contabilmente il debito nei confronti del fornitore. Tale fase è già stata trattata in precedenza;
- il *pagamento*: cioè il momento in cui l'impresa paga il fornitore.

Questa seconda fase è *giustificata* dai documenti attestanti il pagamento, quali gli assegni bancari, le ricevute di bonifici, ecc.

Nel momento in cui si effettua un pagamento si hanno *due aspetti di tipo finanziario*:

- il primo è legato all'uscita di banca (o di cassa), che costituisce una variazione finanziaria passiva, in avere;
- il secondo è l'estinzione del debito verso il fornitore (per effetto del pagamento), che genera una variazione finanziaria attiva, in dare.

Esempio 6

L'impresa in data 12/02 ha acquistato da un fornitore delle materie prime per un valore di 2.000,00 euro + Iva 20%. Il pagamento avverrà a mezzo bonifico bancario a 60 giorni dal ricevimento della fattura.

La scrittura contabile al ricevimento della fattura di acquisto (12/02) è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Materie prime c/acquisti	2.000,00	
VFA	Iva ns credito	400,00	
VFP	Debiti vs fornitori		2.400,00

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Materie prime/acquisti	Ivans credito	Debiti vs fornitori
2.000,00	400,00	2.400,00

All'atto del pagamento (12/04) la scrittura contabile è la seguente:

		Dare	Avere
VFA	Debiti vs fornitori	2.400,00	
VFP	Banca c/c		2.400,00

Debiti vs fornitori	Banca c/c
2.400,00	2.400,00

In questo modo si rileva l'uscita di banca e contemporaneamente si estingue il debito verso il fornitore.

All'atto del pagamento potrebbero anche essere concessi eventuali sconti o abbuoni da parte del fornitore, ad esempio perché viene effettuato un pagamento anticipato o per "pronta cassa". In questo caso l'importo effettivamente pagato sarà inferiore al debito verso il fornitore e la differenza tra i due importi costituisce un ricavo per l'impresa che prende il nome di "sconto attivo".

Esempio 7

Riprendendo i dati dell'esempio precedente, ipotizziamo che l'impresa paghi anticipatamente la fattura in data 15/02, ottenendo uno sconto per pagamento pronta cassa di 200,00 euro.

Rispetto a prima, la fattura di acquisto (ricevuta in data 12/02) non cambia e neanche la relativa scrittura contabile di acquisto. In questo secondo caso, però, il pagamento avviene in modo anticipato rispetto alla sua scadenza, con uno sconto attivo. Pertanto, l'impresa paga al fornitore il valore della fattura (2.400,00 euro) meno lo sconto attivo (200,00 euro), con un'uscita di banca complessiva di 2.200,00 euro. Lo sconto attivo rappresenta un ricavo, cioè una variazione economica positiva. La scrittura contabile è la seguente:

		Dare	Avere
VFA	Debiti vs fornitori	2.400,00	
VFP	Banca c/c		2.200,00
VEP	Sconti attivi		200,00

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Debiti vs fornitori		Banca c/c		Scoti attivi	
	2.400,00				
2.400,00			2.200,00		200,00

3.4. L'acquisto di servizi.

Oltre ai beni, l'impresa potrebbe avere bisogno di servizi, quali ad esempio consulenze, utenze, servizi di assistenza, ecc.

I servizi possono essere forniti da imprese oppure da professionisti. Nel primo caso non ci sono sostanziali differenze rispetto agli acquisti di beni, eccetto per il conto utilizzato che sarà, ad esempio, "spese telefoniche", "spese di consulenza", "spese per energia elettrica", ecc.

Se i servizi sono forniti da professionisti (ad esempio un avvocato o un commercialista) la fattura presenta anche la *ritenuta fiscale*. Essa è un prelievo che viene effettuato sul reddito del professionista da parte dell'impresa, la quale diventa un *sostituto di imposta*. In altre parole, l'impresa trattiene il 20% del valore delle prestazioni del professionista e versa tale ritenuta all'Erario entro il 16° giorno del mese successivo.

Esempio 8

Si riceve in data 20/03 la fattura di un commercialista, così strutturata:

Onorario	1.000,00	→	Costo servizio
Contributo cassa (4%)	<u>40,00</u>	→	Costo servizio
Base imponibile	1.040,00		
Iva (20%)	<u>208,00</u>	→	Iva ns credito
Totale fattura	1.248,00	→	Debito vs fornitore
- Ritenuta (20%)	- 200,00	→	Ritenuta da trattenere
Netto a pagare	1.048,00	→	Valore da pagare

La scrittura contabile in data 20/03 al ricevimento della fattura è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Costi per servizi	1.040,00	
VFA	Iva ns credito	208,00	
VFP	Debiti vs professionisti		1.248,00

Costi per servizi	Iva ns credito	Debiti vs professionisti
1.040,00	208,00	1.208,00

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

All'atto del pagamento l'impresa verserà al professionista il valore del debito meno la ritenuta fiscale, che costituisce un debito verso l'Erario.

La scrittura contabile è la seguente:

		Dare	Avere
VFA	Debiti vs professionisti	1.248,00	
VFP	Banca c/c		1.048,00
VFP	Erario c/ritenute		200,00

Debiti vs professionisti	Banca c/c	Erario c/ritenute	
1.208,00	1.008,00	200,00	La ritenuta viene versata il 16/04. La scrittura è la seguente:

		Dare	Avere
VFA	Erario c/ritenute	200,00	
VFP	Banca c/c		200,00

Erario c/ritenute	Banca c/c
200,00	200,00

I servizi visti in precedenza sono imponibili ai fini Iva, tuttavia esistono anche delle tipologie *non imponibili* o *esenti*. Rientrano in questa situazione i servizi in ambito medico, i servizi postali, i servizi bancari, i servizi assicurativi, ecc.

3.5. L'acquisto di immobilizzazioni.

Oltre agli acquisti a fecondità semplice trattati in precedenza, l'impresa potrebbe effettuare dei particolari investimenti destinati a restare in modo *durevole* nell'impresa. Tali investimenti sono chiamati *immobilizzazioni* o *fattori produttivi a fecondità ripetuta*.

Le immobilizzazioni presentano alcune caratteristiche particolari:

- partecipano al ciclo produttivo in modo graduale, cedendo nel tempo la loro utilità;
- sono investimenti durevoli, di conseguenza il loro utilizzo è su base pluriennale;
- sono degli strumenti di produzione di reddito (*omissis*).

Le immobilizzazioni possono essere *materiali*, *immateriale* o *finanziarie*. Sono materiali gli impianti, i macchinari, i fabbricati, i terreni, gli automezzi, ecc.

Costituiscono immobilizzazioni immateriali le licenze, i software, i brevetti, l'avviamento, ecc, mentre sono immobilizzazioni finanziarie gli investimenti durevoli in partecipazioni, in titoli, ecc.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

L'acquisto delle immobilizzazioni può avvenire principalmente in tre modi:

- acquisto diretto sul mercato;
- conferimento da parte dei soci;
- realizzazione interna (produzione in economia).

Nel primo caso l'immobilizzazione è acquistata direttamente sul mercato, di conseguenza l'impresa riceverà una fattura di acquisto. Oltre al costo presente in fattura devono essere anche considerati tutti gli *oneri accessori direttamente imputabili* all'immobilizzazione stessa. Sono quindi da aggiungere al costo dell'immobilizzazione le spese notarili, di installazione, di trasporto, di collaudo, ecc. e più in generale di tutti i costi sostenuti per "disporre" di tali immobilizzazioni.

Mentre le altre tipologie di costo viste sinora sono *costi d'esercizio* collocati nello schema di Conto Economico, le immobilizzazioni sono *costi pluriennali* che fanno parte del patrimonio dell'impresa e vengono rilevati nello schema di Stato Patrimoniale. Il confronto tra queste due tipologie di costi è fornita nella tavola seguente.

Tavola 5. – Confronto tra costi d'esercizio e pluriennali.

Tipologia	Caratteristiche	Orizzonte temporale	Esempi	Schema di bilancio
Costi d'esercizio	Cedono la loro utilità esclusivamente nel momento in cui vengono utilizzati	Esercizio	Acquisti di materie prime, materie di consumo, servizi, ecc.	Conto economico
Costi pluriennali	Cedono la loro utilità per diversi esercizi	Pluriennale	Impianti, macchinari, software, automezzi, ecc.	Stato patrimoniale

Esempio 10

L'impresa acquista in data 12/07 un impianto industriale del valore di 100.000,00 euro + Iva 20%. Successivamente riceve la fattura in data 31/07 di un secondo fornitore per i servizi di installazione dell'impianto, per 5.000,00 + Iva 20%.

In data 12/07, all'atto dell'acquisto dell'impianto, si verificherà:

- il sorgere di debito verso il fornitore, che costituisce una variazione finanziaria passiva, nel conto "Debiti vs fornitori", in avere;
- il sorgere di un costo pluriennale, che costituisce una variazione economica negativa, che sarà contabilizzata nel conto "Impianti", in dare;
- il sorgere di un credito per Iva, variazione finanziaria attiva, in dare del conto "Iva ns credito".

La scrittura contabile in data 12/07 al ricevimento della fattura è la seguente:

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

		Dare	Avere
VEN	Impianti	100.000,00	
VFA	Iva ns credito	20.000,00	
VFP	Debiti vs fornitori		120.000,00

Impianti	Ivans credito	Debiti vs fornitori
100.000,00	20.000,00	120.000,00

Il 31/07 si riceve la fattura relativa alle spese di installazione. Tale costo costituisce un onere accessorio, di conseguenza non è contabilizzato come costo d'esercizio bensì come costo pluriennale e aumenta il valore dell'impianto stesso.

La scrittura contabile in data 31/07 al ricevimento della fattura è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Impianti	5.000,00	
VFA	Iva ns credito	1.000,00	
VFP	Debiti vs fornitori		6.000,00

Impianti	Iva ns credito	Debiti vs fornitori
100.000,00 5.000,00	20.000,00 1.000,00	120.000,00 6.000,00

Di conseguenza il valore complessivo dell'impianto sarà pari a 105.000,00 euro.

4. Le vendite

Una volta che il processo produttivo è completato si possono cedere i prodotti/servizi ottenuti, introducendoli sul mercato attraverso la vendita.

Le vendite permettono di "reintegrare" i costi che l'impresa ha in precedenza sostenuto per il processo di acquisto e di trasformazione, compresi anche i costi indiretti legati agli investimenti in immobilizzazioni.

Analogamente agli acquisti dobbiamo distinguere due fondamentali momenti:

- *la liquidazione*: momento in cui sorge il credito verso il cliente;
- *l'incasso*: momento in cui l'impresa riceve il corrispettivo della vendita.

Esempio 11

L'impresa vende in data 05/09 prodotti finiti per 10.000,00 euro + Iva 20%. In data 5/11 incassa il valore di tale vendita.

In data 05/09 si verificherà:

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

- il sorgere di un credito verso il cliente, che costituisce una variazione finanziaria attiva, nel conto “Crediti vs clienti”, in dare;
- il sorgere di un ricavo, che costituisce una variazione economica positiva, contabilizzata nel conto “Prodotti finiti c/vendite”, in avere;
- il sorgere di un debito per Iva, variazione finanziaria passiva, in avere del conto “Iva ns debito”.

La scrittura contabile in data 05/09 all’emissione della fattura è:

		Dare	Avere
VFA	Crediti vs clienti	12.000,00	
VEP	Prodotti finiti c/vendite		10.000,00
VFP	Iva a debito		2.000,00

Crediti vs clienti	Prodotti finiti c/vendite	Iva ns debito
12.000,00	10.000,00	2.000,00

Rettifiche delle vendite.

Analogamente agli acquisti, possono verificarsi delle situazioni nelle quali una vendita deve essere – in tutto o in parte – rettificata, ad esempio per restituzioni di beni dai clienti in quanto non conformi, per ritardi nella fomitura, per carenze qualitative, ecc. In questo caso l’impresa riceverà indietro la merce accompagnata da un documento che rettifica dell’operazione sia da un punto di vista contabile che fiscale.

Gli incassi.

Con l’incasso l’impresa ottiene il corrispettivo della vendita dal proprio cliente.

Esempio 13

Un’impresa vende beni per un valore di 20.000,00 euro + Iva 20%, con incasso differito a 60 giorni.

La scrittura contabile all’atto della vendita sarà la seguente:

		Dare	Avere
VFA	Crediti vs clienti	24.000,00	
VEP	Prodotti finiti c/vendite		20.000,00
VFP	Iva a debito		4.000,00

Crediti vs clienti	Prodotti finiti c/vendite	Iva ns debito
24.000,00	20.000,00	4.000,00

Nel momento in cui si effettuerà l’incasso si avrà:

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

- un aumento del conto corrente bancario, per effetto dell'incasso;
 - l'estinzione del credito verso il cliente che era stato contabilizzato in precedenza.
- La scrittura contabile dell'incasso pertanto è la seguente:

		Dare	Avere
VFA	Banca c/c	24.000,00	
VFP	Crediti vs clienti		24.000,00

Banca c/c		Crediti vs clienti	
		24.000,00	
24.000,00			24.000,00

In analogia con quanto visto per i pagamenti, potrebbero esserci delle situazioni in cui l'impresa concede degli sconti o degli abbuoni ai propri clienti, ad esempio per pagamenti "pronta cassa".

In questo caso l'importo effettivamente incassato risulterà inferiore rispetto al credito verso il cliente e la differenza tra i due importi costituisce un costo per l'impresa che prende il nome di "sconti passivi".

STUDI E OPINIONI

CONSIDERAZIONI IN MERITO AL TESTO PROVVISORIO DELLA NORMA DI COMPORTAMENTO DEL COLLEGIO SINDACALE N. 9, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'IPOTESI DI CUI ALL'ART. 2486, COMMA 5, C.C.

Esame delle attività del collegio sindacale alla luce delle Norme di comportamento già approvate dall'ODCEC. Analisi del testo provvisorio della Norma n. 9 in materia di attività del collegio sindacale in caso di omissione degli amministratori, con particolare riferimento all'istituto della gestione ordinaria della società da parte del collegio sindacale in caso di cessazione dell'intero organo amministrativo, ai sensi del disposto dell'art. 2486, comma 5, c.c.

di MASSIMILIANO DESALVI e MATTEO CENTUORI

1. Premessa

In data 16 marzo 2011 il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, con la collaborazione della Commissione di studio per le norme di comportamento degli organi di controllo legale delle società¹, ha approvato il testo provvisorio di tre nuove norme di comportamento del collegio sindacale.

Tali norme, secondo quanto riportato nel documento di consultazione, sono destinate "...ad implementare quelle già emanate ed entrate in vigore il 1° gennaio 2011"² e, nello specifico, dovrebbero disciplinare le seguenti materie:

¹ Per la composizione della Commissione si rinvia al seguente indirizzo: <http://www.cndcec.it/Portal/CMSTemplates/TxtAtch.aspx?id=c35202f9-c886-43b3-aa9c-8744e5d0f3f6&idT=83bd8612-568b-4d28-9203-d40757b51f2a&mode=3>

² <http://www.cndcec.it/Portal/ConsultazionePubblica/Normedicomportamentoapprovazionepreliminare16032011.pdf>

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

- norma 9: attività del collegio sindacale in caso di omissione degli amministratori;
- norma 10: attività del collegio sindacale nelle operazioni sociali straordinarie e nelle altre operazioni rilevanti;
- norma 11: attività del collegio sindacale nella crisi di impresa³.

Le norme di comportamento del collegio sindacale e attualmente in vigore sono otto⁴.

Secondo quanto riportato nella Premessa delle Norme stesse, esse “*suggeriscono e raccomandano il comportamento professionale da adottare per svolgere correttamente l’incarico di sindaco*” e, inoltre, “*... sono destinate a trovare applicazione nei confronti dei componenti del collegio sindacale di tutte le società salvo che siano applicabili disposizioni di legge o regolamentari che disciplinano specifici settori di attività o mercati regolamentati*”⁵.

Allo scopo di fornire ai professionisti iscritti all’albo indicazioni anche pratiche per lo svolgimento delle loro funzioni, la citata Commissione ha strutturato le Norme in una parte denominata “*Principi*”, contenente il disposto, seguita dai riferimenti normativi essenziali nonché dai “*Criteri applicativi*” e dai “*Commenti*”, in cui viene chiarita la *ratio* della norma e vengono analizzate le problematiche più frequenti nella prassi.

In sintesi, pertanto, le Norme recano indicazioni per tutti i soggetti chiamati a svolgere la funzione di sindaco in una società, con una particolare attenzione alla disciplina degli aspetti pratici dell’ufficio.

Infatti, scorrendo il testo delle Norme già approvate, si osserva che queste, oltre a regolare l’incompatibilità e cessazione dei componenti del collegio sindacale (norma n. 1), forniscono riferimento circa il funzionamento, i doveri e i poteri del collegio (norme 2, 3 e 5), la partecipazione alle riunioni degli altri organi sociali (norma 4), il riscontro e la denuncia di fatti censurabili (norma 6), la relazione all’assemblea dei soci (norma 7) e i pareri e proposte del collegio sindacale (norma 8).

Il presente articolo si propone di prendere in esame e di commentare la norma n. 9, evidenziando anche eventuali contributi che potrebbero essere utilmente vagliati.

2. Doveri del collegio sindacale e Norme di comportamento

L’art. 2403, comma 1, c.c. determina i doveri dell’organo di controllo interno, disponendo che il collegio sindacale “... vigila sull’osservanza della legge e dello

³ Il testo definitivo verrà approvato dal CNDCEC successivamente al 30 settembre 2011, tenuto conto anche delle osservazioni che potranno essere inviate da ciascun iscritto all’ordine proprio entro la data summenzionata.

⁴<http://www.cndcec.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=dfd71959-e171-4639-99e2-822323efbf5f>

⁵ Cfr. nota n. 3.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento”⁶.

I principali compiti attribuiti al collegio sindacale possono quindi essere suddivisi in due aree: il controllo sulla gestione, latu sensu inteso e il controllo contabile⁷.

L'oggetto della verifica e del controllo, il cui scopo è quello di garantire la regolarità della gestione ed evitare che vengano commessi abusi è, in primo luogo, l'osservanza della legge e dello statuto da parte degli amministratori e, in secondo luogo, il rispetto da parte dell'organo amministrativo dei principi di corretta amministrazione, con particolare riguardo all'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e al suo concreto funzionamento.

Nella specie, per “assetto organizzativo” della società, così come desumibile dalla Norma 3.4, si intende il “...complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità”⁸.

In sintesi, occorre che il collegio sindacale verifichi se all'interno dell'azienda le diverse decisioni prese sono effettivamente assunte da soggetti od organi interni con adeguato grado di competenza e di responsabilità⁹.

Inoltre, sulla scorta dei controlli effettuati, i sindaci devono essere in grado di segnalare eventuali correzioni da apportare alla struttura organizzativa interna della società stessa¹⁰.

⁶ Per le società quotate la norma di riferimento è l'art. 149, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

⁷ Il controllo contabile, ovviamente, nei casi in cui è affidato al collegio. Mentre la prima attività è necessariamente affidata al collegio sindacale, la seconda può essere attribuita a tale organo o per previsione espressa di legge ovvero per scelta della società.

⁸ La Norma, peraltro, al paragrafo successivo precisa che “*Un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale*”.

⁹ Al fine di verificare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, all'inizio del mandato i sindaci devono informarsi circa il funzionamento e la struttura organizzativa interna della società e di tutti gli elementi che la compongono allo scopo di verificare l'idoneità a garantire che non si realizzi una contrapposizione di responsabilità dei compiti in capo a più soggetti, che vi sia una chiara attribuzione delle deleghe e dei poteri di ogni funzione e che venga costantemente effettuata una verifica da parte di ogni responsabile sul lavoro attuato dai collaboratori.

¹⁰ Come noto, la mancanza di una idonea struttura organizzativa e di procedure di controllo sui soggetti che svolgono diverse funzioni rilevanti all'interno della società può determinare, in caso di illeciti, anche la responsabilità dell'ente giuridico per eventuali fattispecie poste in essere da dirigenti o da soggetti che rivestono posizioni apicali all'interno dell'impresa (D.lgs. n. 231/2001). Sul punto si rinvia a IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, 2009.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

La verifica in merito all'adeguatezza del sistema amministrativo contabile consiste nel verificare che la società sia in grado di fornire una corretta rappresentazione contabile dei fatti aziendali.

La Norma 3.6 definisce il sistema amministrativo contabile come "...l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile ed in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa".

A tal fine, il compito del collegio sindacale diventa anche quello di verificare il concreto funzionamento del sistema amministrativo contabile e si rivolge all'analisi delle diverse procedure amministrative/contabili adottate dalla società.

Con riferimento all'adeguatezza del sistema di controllo interno¹¹, quest'ultimo deve essere considerato, ai sensi della Norma 3.5, quale "*l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall'impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, i seguenti obiettivi:*

- *obiettivi strategici, volti ad assicurare la conformità delle scelte del management alle direttive ricevute e all'oggetto che la società si propone di conseguire, nonché a garantire la salvaguardia del patrimonio aziendale e a tutelare gli interessi degli stakeholders;*
- *obiettivi operativi, volti a garantire la efficacia e la efficienza delle attività operative aziendali;*
- *obiettivi di reporting, volti a garantire l'attendibilità e l'affidabilità dei dati;*
- *obiettivi di conformità, volti a assicurare la conformità delle attività aziendale, alle leggi ed ai regolamenti in vigore*".

Per ciò che attiene in particolare questi ultimi profili, l'attività di controllo¹² dovrà consistere nella verifica del rispetto di quelle condotte che garantiscano che il rischio di impresa rimanda all'interno di quei limiti di corretta amministrazione da parte dei titolari del potere di gestione, nel senso che i sindaci "*devono esercitare un controllo preventivo delle condizioni di mercato rispetto all'operazione da compiere, verificare l'adeguatezza della struttura operativa dell'impresa, valutare i margini di rischio inerente all'operazione medesima, stabilire la congruità dell'utile sperato rispetto al volume del capitale a impiegare*"¹³.

¹¹ Nell'ambito del controllo interno è possibile fare una duplice distinzione: controllo interno che ha per oggetto gli aspetti gestionali dell'azienda, controllo interno che ha per oggetto la corretta rappresentazione contabile dei fatti aziendali e la salvaguardia del patrimonio.

¹² Tale attività, si rammenta, non potrà mai interferire con le scelte gestionali effettuate dagli amministratori.

¹³ Cfr. IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 93. La norma di cui all'art. 2403 comma 1 c.c., assume importanti implicazioni anche per quanto concerne la definizione dei doveri degli amministratori, perché, come è stato rilevato, "*da un lato presuppone*

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

L'obbligo del controllo sul rispetto della legge e dello statuto si esplica anche nella vigilanza sulla correttezza formale delle decisioni assunte dagli organi sociali.

Ne consegue che il ruolo di vigilanza del sindaco si concretizza nel verificare il rispetto delle norme statutarie, delle norme legislative, dei regolamenti che disciplinano il funzionamento degli organi societari e la conformità delle deliberazioni degli organi assembleari alla legge e allo statuto.

Sul punto la Norma 3.2 dispone che “Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto. La funzione di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto consiste nella verifica della conformità degli atti sociali e delle deliberazioni degli organi sociali alle leggi e alle disposizioni statutarie. All'inizio dell'incarico, e poi periodicamente, il collegio verifica che la struttura organizzativa e le procedure interne siano idonee a garantire che la società operi in conformità alle norme di legge e di statuto. Il controllo, nel suo concreto svolgimento, deve quindi intendersi circoscritto alle norme che concretamente, con riferimento alla struttura e alle attività della società, possano essere ritenute critiche in ragione del rischio che il loro mancato rispetto possa comportare agli interessi della società”.

Ciò posto, il controllo deve essere effettuato anche sul rispetto delle disposizioni normative che disciplinano lo specifico settore di attività in cui opera l'azienda, verificando il possesso da parte della società delle autorizzazioni prescritte per lo svolgimento della propria attività.

Tali controlli, secondo quanto indicato nell'art. 3.1 delle Norme, devono essere effettuati “sulla base della diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico che determina una obbligazione di mezzi e non di risultato”; inoltre, “nella propria attività di vigilanza il collegio applica una modalità di selezione dei controlli basata sull'identificazione e la valutazione dei rischi con modalità adeguate alle dimensioni ed

l'individuazione di un parametro di corretta amministrazione, dall'altro chiarisce che tale parametro deve essere individuato in concreto facendo specifico riferimento alla società oggetto di analisi. Infatti è facile rendersi conto che l'adeguatezza degli assetti di organizzazione, da cui dipende il raggiungimento della correttezza dell'amministrazione, varierà al variare, tra l'altro, della tipologia dell'attività esercitata e della dimensione dell'impresa o della struttura azionaria della società. Ciò comporta che gli amministratori dovranno approntare tutti i sistemi necessari ad assicurare che ogni fase della vita sociale, sia essa attinente al momento decisionale o a quello esecutivo, sia adeguatamente strutturata al fine di far sì che il risultato prodotto corrisponda ad un parametro di amministrazione ritenuto corretto. Da un lato, gli amministratori dovranno approntare un sistema organizzativo complesso in ogni area dell'attività aziendale (organizzazione, amministrazione e contabilità) che consenta di gestire la società secondo canoni di corretta amministrazione e, dall'altro, l'organo di controllo intemo dovrà verificare l'adeguatezza dei sistemi introdotti e il loro corretto funzionamento”. Cfr. TOFFOLETTO, Amministrazione e controlli, in Diritto delle società di capitali. Manuale breve, Aa. Vv., Milano, 2003, 127.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

alle altre caratteristiche, anche organizzative, specifiche dell'impresa assoggettata a controllo”.

Oltre a ciò, il sindaco deve effettuare un controllo sul rispetto dei principi di “corretta amministrazione”.

In materia si evidenzia che un siffatto controllo non deve sostanziarsi in un controllo di “merito” sulla opportunità o sulla convenienza delle scelte operate dagli amministratori, poiché tale ingerenza sulla gestione amministrativa lederebbe l'autonomia gestionale e decisionale degli amministratori.

Posto quanto sopra, si ritiene comunque opportuno precisare che il richiamato controllo non si esaurisce neppure in un semplice controllo di legittimità “formale”, ma richiede anche un controllo di legittimità “sostanziale”, da intendersi come il dovere di effettuare valutazioni circa la ragionevolezza di una determinata operazione.

Si può quindi affermare che l'attività di controllo sulla corretta amministrazione deve riguardare innanzitutto il meccanismo decisionale dell'organo amministrativo, quindi gli atti di gestione in generale e le deliberazioni degli organi di gestione della società e, infine, la capacità di assunzione dei rischi per l'impresa medesima.

In tale direzione si muovono anche le Norme, le quali specificano che al sindaco spetta un controllo di legittimità sulle scelte operate dagli amministratori, nonché la rispondenza di quest'ultime ai criteri di razionalità economica, ma non un controllo di merito su tali scelte.

In sintesi, pertanto, è possibile affermare che il sindaco debba verificare che le singole azioni intraprese dagli amministratori siano supportate dal requisito della ragionevolezza, considerando come parametri idonei di valutazione i principi che disciplinano l'economia aziendale, la congruità delle scelte con le risorse ed il patrimonio cui la società dispone.

Inoltre, a nostro avviso, sempre nell'ambito della funzione di adeguatezza dei sistemi interni, anche le procedure relative al controllo degli adempimenti tributari, previdenziali ed assistenziali sono oggetto di controllo da parte del collegio sindacale.

Tale assunto è desumibile dalla portata generale della Norma 6.1¹⁴, che permetterebbe di desumere che tra i doveri di controllo del collegio sindacale sussista

¹⁴ “Il collegio sindacale nei casi in cui riscontra fatti censurabili esercita i poteri di reazione ad esso attribuiti dalla legge”. Nei Criteri applicativi si legge che “Il collegio sindacale, laddove venga a conoscenza di fatti censurabili determinanti violazioni della legge, dello statuto o dei principi di corretta amministrazione deve darne tempestiva notizia all'organo amministrativo affinché siano adottati gli opportuni provvedimenti preventivi o correttivi”. Inoltre, nel Commento alla Norma si legge che “Le attività del collegio sindacale sono finalizzate, tra l'altro, a valutare preventivamente, a monitorare contestualmente ed a controllare successivamente il rispetto della legge, dell'atto costitutivo, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione da parte dell'organo amministrativo. Laddove, a seguito dell'attività di vigilanza, i sindaci riscontrino situazioni di inosservanza delle norme di legge, delle

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

anche la verifica in merito alle procedure seguite dalla società per assicurare il corretto adempimento dei doveri sopra indicati, proprio al fine di garantire l'adeguatezza del sistema di controllo interno della società¹⁵.

Di converso, ove il controllo contabile fosse affidato ad una società di revisione e risultasse sottratto al collegio sindacale, ciò non dovrebbe significare il totale disinteresse da parte di tale organo in merito agli aspetti contabili e di bilancio inerenti la società sorvegliata¹⁶.

2. Poteri del collegio sindacale e Norme di comportamento

Ai doveri e obblighi dei sindaci, così sommariamente delineati, sono correlati alcuni poteri funzionali allo svolgimento dei loro compiti.

Al fine di consentire ai sindaci di adempiere ai propri doveri e di svolgere gli opportuni controlli, la legge attribuisce al collegio sindacale ed ai suoi componenti poteri collegiali e individuali.

Tali poteri di intervento, come è stato rilevato, *“sono funzionali alla restaurazione della legalità, del rispetto dello statuto e della corretta amministrazione”*¹⁷.

Una loro elencazione esaustiva può essere rinvenuta proprio nella Norma n. 5, rubricata, per l'appunto, *“Poteri del collegio sindacale”*, la quale suddivide i poteri del collegio sindacale in atti di ispezione e controllo, rapporti con l'organo amministrativo, rapporti con il revisore legale o con la società di revisione legale, rapporti con la funzione di controllo interno, rapporti con l'organismo di vigilanza, rapporti con gli organi di controllo delle controllate e potere di convocazione dell'assemblea dei soci.

La Norma dispone che *“I sindaci, esercitando i poteri loro attribuiti dalla legge, in concomitanza con l'attività di gestione svolta dagli amministratori, si assicurano un costante flusso di informazioni concernenti le operazioni sociali attuate e quelle in corso, nonché l'andamento della società.*

L'ottenimento di tali informazioni da parte dei sindaci avviene tramite la partecipazione alle riunioni degli organi sociali, mediante l'acquisizione e lo scambio

prescrizioni dello statuto e/o di disposizioni regolamentari, nonché di violazione dei principi di corretta amministrazione, i medesimi sono chiamati ad attivarsi in relazione ai poteri di reazione che la legge civile loro concede”.

¹⁵ Ad esempio, i controlli potrebbero avere ad oggetto la presenza in azienda di personale specializzato, oppure di consulenti esterni esperti nel settore di attività, oppure procedure interne che consentano la tempestività e la regolarità dei suddetti adempimenti.

¹⁶ In materia si rinvia a quanto sopra enunciato circa l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e del suo effettivo funzionamento.

¹⁷ Cfr. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, cit., p. 153.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

*di dati e notizie rilevanti per lo svolgimento delle funzioni di controllo, nonché tramite l'esercizio di specifici poteri ispettivi e di controllo*¹⁸.

In sintesi, pertanto, si rileva che i sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo¹⁹.

Inoltre, il collegio sindacale ha accesso ad ogni informazione concernente la gestione della società e può chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, e può altresì scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e sull'andamento generale dell'attività sociale²⁰.

Ancora, al fine di assicurare al collegio sindacale una tempestiva informazione sull'evoluzione della gestione sociale, la legge attribuisce ai sindaci il potere-dovere di assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo²¹.

Inoltre, i sindaci hanno il potere di ottenere ogni informazione sulla gestione della società, allo scopo di riferire all'assemblea in merito ai risultati dell'esercizio sociale e dell'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri e hanno il potere di fare osservazioni e proposte in ordine al bilancio ed alla sua approvazione.

Infine, ai sensi dell'art. 2406, comma 1, c.c. i sindaci hanno il potere (*rectius*: dovere) di convocare l'assemblea, quando ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità o quando non vi provveda l'organo amministrativo²².

¹⁸ Nel Commento alla Norma viene evidenziato che “...i sindaci possono, in qualsiasi momento, senza che alcun limite o restrizione possa essergli eccepita, procedere ad atti di ispezione e di controllo”. Inoltre, è precisato che è ritenuto opportuno che “...in ragione dell'importanza che il collegio sindacale riveste nella circolazione dell'informazione, sia previsto un periodico confronto con altri organi di controllo eventualmente presenti in virtù di nome di legge o dello statuto...”. Gli atti di ispezione e di controllo dovranno essere oggetto di apposita verbalizzazione.

¹⁹ Cfr. art. 2403-bis, comma 1, c.c.

²⁰ Cfr. art. 2403-bis, comma 2, c.c.

²¹ In materia, la Norma 4 dispone che “Al fine di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, i sindaci devono partecipare alle assemblee dei soci, nonché alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo. Tale dovere qualifica in modo rilevante la funzione tanto da essere sanzionato con la decadenza nei casi previsti dalla legge”

²² A questo fine – è stato affermato in dottrina - il potere più significativo conferito al collegio sindacale rispetto al funzionamento dell'organizzazione è quello di convocazione dell'assemblea, qualora essa sia obbligatoria e non vi abbiano provveduto gli amministratori. Cfr. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, cit., p. 153.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

Al di fuori della violazione dell'obbligo di convocazione da parte di questi ultimi, il secondo comma del menzionato articolo prevede che il collegio sindacale, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, possa convocare l'assemblea qualora nell'espletamento dell'incarico abbia ravvisato fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere. Ove si verifichi detta ipotesi, i sindaci hanno il dovere di fornire ai soci adeguate informazioni allo scopo di invitarli ad assumere le opportune decisioni che consentano di rimuovere le irregolarità rilevate²³.

Inoltre, il collegio sindacale può impugnare le deliberazioni assembleari che non siano state adottate in conformità della legge o dello statuto²⁴ o con il voto determinante di soci che abbiano un interesse in conflitto con quello della società²⁵, ovvero le deliberazioni del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato²⁶.

Infine, tra i poteri-doveri imposti al collegio sindacale, necessari per una corretta esplicazione delle proprie funzioni, si rende opportuno menzionare, in breve, le attività consultive svolte dai sindaci, di cui alla Norma n. 8.

Tale Norma dispone che *“Al collegio sindacale è richiesto di esprimere pareri in presenza di determinate operazioni e delibere espressamente indicate dalla legge”* e precisa che *“Il collegio sindacale è chiamato a svolgere, nei casi previsti dalla legge, funzioni di natura sia propositiva che consultiva”*.

Tale attività deve essere svolta nel caso di nomina per cooptazione di amministratori²⁷, di determinazione del compenso agli amministratori investiti di particolari cariche²⁸, del conferimento e della revoca dell'incarico di revisione legale dei conti²⁹, di iscrizione nell'attivo dello stato patrimoniale di costi di impianto e ampliamento, ricerca, sviluppo, pubblicità e avviamento³⁰.

Ancora, il ruolo consultivo del collegio sindacale deve essere espresso sulla congruità del prezzo di emissione azioni in caso di aumento di capitale con esclusione/limitazione del diritto di opzione³¹, nonché sulla congruità del valore delle azioni da liquidare al socio receduto³², sulla relazione predisposta dagli amministratori

²³ Per quanto attiene le società quotate, si precisa che, ai sensi dell'art. 151 comma 2 d.lgs. n. 58/1998, i sindaci hanno il potere di convocare, oltre all'assemblea, anche il consiglio di amministrazione e il comitato esecutivo.

²⁴ Art. 2377 c.c.

²⁵ Art. 2373 c.c.

²⁶ Art. 2391 comma 3 c.c.

²⁷ Art. 2386 c.c.

²⁸ Art. 2389 c.c.

²⁹ Art. 13 d.lgs. n. 39/2010.

³⁰ Art. 2426, punti 5 e 6, c.c.

³¹ Art. 2441, comma 6, c.c.

³² Art. 2437-ter c.c.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

per la perdita del capitale sociale di oltre un terzo³³ e sui pareri prescritti dalla legge per società che operano in specifici settori³⁴.

3. I poteri gestori del collegio sindacale e la Norma n. 9

Emerge a tutta evidenza che nella prima stesura delle Norme non è stato preso in esame il potere di gestione “eccezionalmente” affidato al collegio sindacale dall’art. 2386, comma 5, c.c.

A tale carenza supplisce il testo della Norma n. 9, la quale tuttavia non si limita a disciplinare solamente la fattispecie sopra indicata, ma, richiamandosi a principi già enunciati, regola anche le azioni che devono essere intraprese dal collegio sindacale nel caso di inerzia od omissione degli amministratori.

In particolare i sindaci sono chiamati a “...convocare l’assemblea dei soci, secondo quanto stabilito dalla Norma 5.7 ... eseguire le pubblicazioni previste dalla legge, presentare al tribunale le istanze relative allo scioglimento e alla liquidazione della società”.

In merito invece al caso in cui venga a cessare completamente l’organo amministrativo, secondo la Norma n. 9 il collegio sindacale, oltre ad essere chiamato ad eseguire “l’iscrizione presso il registro delle imprese della cessazione degli amministratori”, deve “convocare, nel più breve tempo possibile, l’assemblea per la nomina del nuovo organo amministrativo secondo le modalità indicate dalla Norma 5.7³⁵” e “compie gli atti di ordinaria gestione che si rendano necessari per la prosecuzione dell’attività”³⁶.

³³ Artt. 2446 e 2482-bis c.c.

³⁴ A titolo di esempio, per gli istituti di credito, i pareri previsti dall’art. 136 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385,

Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia

³⁵ I criteri applicativi della Norma 5.7 dispongono che i sindaci “... allorché provvedano a convocare l’assemblea dei soci, sono tenuti a darne preventiva comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione o all’amministratore unico. In mancanza del presidente del consiglio di amministrazione la preventiva comunicazione deve essere indirizzata a tutti gli amministratori in carica, affinché i medesimi siano debitamente informati. Il potere di convocazione dell’assemblea è attribuito all’organo di controllo in forma collegiale. Conseguentemente, la convocazione deve essere deliberata dal collegio sindacale. Se un componente ritiene opportuno che il collegio si avvalga di tale potere, deve prospettarlo nel corso delle riunioni periodiche del collegio o richiedere una specifica riunione al fine di sollecitare una deliberazione collegiale in merito. Il collegio può delegare al presidente il compito degli atti inerenti e conseguenti alla convocazione dell’assemblea (redazione dell’avviso di convocazione e notifica dello stesso). Il collegio sindacale deve redigere l’ordine del giorno e, se ritenuto opportuno, può essere predisposta dal collegio sindacale una specifica relazione scritta da proporre all’assemblea de soci. Qualora la legge o lo statuto non prevedano un termine entro il quale convocare l’assemblea, la convocazione si considera

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

Tali attività, viene precisato nella Norma, devono essere oggetto di una specifica riunione del collegio sindacale (il verbale dell'adunanza deve essere riportato sul libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale) e possono essere delegate ad un componente del collegio.

Sull'iscrizione presso il registro delle imprese della cessazione degli amministratori *nulla questio*.

Si tratta di un adempimento meramente burocratico che deve essere effettuato entro 30 giorni dalla data dell'avvenuta cessazione³⁷. In caso di inadempimento o di ritardo i membri del collegio sindacale sono sanzionati ai sensi dell'art. 2630 c.c.³⁸.

Per completezza si segnala che tale attività nelle s.r.l. può essere svolta anche dai soci; tuttavia, l'omissione o il ritardo è sanzionato esclusivamente in capo ai sindaci.

In merito alle modalità di convocazione dell'assemblea per la nomina del nuovo organo amministrativo, si rimanda al dettato della Norma 5.7³⁹.

Per quanto attiene invece l'ultimo comma dell'art. 2386 c.c., tale norma prevede appunto che nel caso in cui vengano a cessare l'amministratore unico o tutti gli amministratori il collegio sindacale deve convocare d'urgenza l'assemblea per la nomina dell'amministratore o dell'intero consiglio e può compiere nel frattempo gli atti di ordinaria amministrazione.

Nella realtà, poiché la cessazione può avere effetti immediati o meno, a seconda della causa che l'ha provocata, occorre distinguere tra le varie ipotesi di cessazione.

Infatti, nel caso in cui cessi l'intero consiglio per scadenza del mandato o per dimissioni, l'organo amministrativo cessato rimane in carica sino alla nomina del nuovo.

omessa quando sono interamente trascorsi trenta giorni dal momento in cui gli amministratori o i sindaci sono venuti a conoscenza del presupposto che rende obbligatoria la convocazione dell'assemblea".

³⁶ La Norma precisa che *"In caso di cessazione dell'organo amministrativo, nella società in accomandita per azioni il collegio sindacale deve, altresì, nominare un amministratore provvisorio che rimane in carica per il periodo massimo di centottanta giorni entro il quale i soci devono provvedere alla sostituzione degli amministratori cessati ovvero allo scioglimento della società. In caso di inerzia o di omissione da parte dell'organo amministrativo, i sindaci devono provvedere a chiedere al tribunale l'emissione dei provvedimenti relativi allo scioglimento e alla liquidazione della società, come indicato nella Norma 10.8"*.

³⁷ A tal fine si segnala che il presidente del collegio sindacale o un sindaco effettivo devono presentare il Modello S2, l'intercalare P per ciascuna persona cessata, la distinta Fedra firmata telematicamente e il pagamento telematico di diritti di segreteria, imposta di bollo e bollo per quietanza.

³⁸ La sanzione amministrativa prevista è pecuniaria e va da € 206 a € 2.065 per ciascun membro del collegio sindacale.

³⁹ Cfr. nota n. 35.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

Tale posizione è infatti precisata all'interno del commento alla Norma, in cui viene evidenziato appunto che "...le funzioni vicarie di amministrazione della società ex art. 2386 c.c. sono attribuite al collegio esclusivamente nei casi in cui la cessazione i) si riferisca all'intero organo amministrativo in carica e ii) è determinata da cause di immediata efficacia (quali, a titolo esemplificativo, la revoca, le cause di decadenza sopravvenute previste all'art. 2382 c.c., la morte di tutti gli amministratori, la rinuncia anche di un solo amministratore in presenza della clausola statutaria cosiddetta "simul stabunt, simul cadent")".

Solamente nella summenzionata circostanza l'organo di controllo della società sarà chiamato a svolgere quegli atti amministrativi che sarebbero di per sé di competenza dell'organo amministrativo vero e proprio.

3.1. La durata della "amministrazione sindacale"

In merito al dettato della Norma n. 9 si impone una prima considerazione: l'art. 2386, comma 5, dispone che l'assemblea per la nomina dell'organo amministrativo deve essere convocata con urgenza.

Tuttavia, non viene precisato il termine entro il quale tale adempimento deve essere svolto.

Chiaramente, se da un lato la società ha la necessità di ricostituire l'organo amministrativo nel minor tempo possibile, dall'altro in capo al collegio sindacale viene posto un adempimento la cui mancata realizzazione "con urgenza" può essere sanzionato.

Pertanto, a detta di chi scrive, occorrerebbe definire tale scadenza, non solamente a tutela dei sindaci, ma anche a tutela degli stessi soci.

Sul punto valgono le seguenti considerazioni.

In mancanza di indicazioni normative, potrebbe trovare applicazione il riferimento temporale di cui alla Norma 5.7, che prevede che "*...la convocazione si considera omessa quando sono interamente trascorsi trenta giorni dal momento in cui gli amministratori o i sindaci sono venuti a conoscenza del presupposto che rende obbligatoria la convocazione dell'assemblea*"⁴⁰.

Posto che l'attività amministrativa ordinaria del collegio sindacale cesserebbe con l'accettazione della carica da parte del nuovo organo amministrativo, corollario della tesi sopra rappresentata è che l'estensione massima della durata della "amministrazione sindacale" sarebbe di trenta giorni dal momento in cui il collegio è venuto a conoscenza della cessazione della carica dell'organo amministrativo⁴¹.

⁴⁰ Cfr. nota n. 35.

⁴¹ Tale termine, ovviamente, si riferisce ad una situazione "normale", in cui l'assemblea, regolarmente convocata, riesca a provvedere immediatamente alla nomina del nuovo organo amministrativo.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

Tale termine, ovviamente, si riferisce ad una situazione “normale”, in cui l’assemblea, regolarmente convocata, riesca a provvedere immediatamente alla nomina del nuovo organo amministrativo.

E’ nostra opinione che, ove invece la gestione da parte del collegio si dovesse invece prolungare perché l’assemblea non provvede immediatamente alla nomina dei nuovi amministratori, i sindaci, constatata l’inattività dell’assemblea e quindi l’impossibilità di ricostituire l’organo amministrativo, dovrebbero convocare l’assemblea per deliberare lo scioglimento della società.

Sul punto, il Commento alla Norma prevede espressamente che *“Qualora l’assemblea, per qualsiasi ragione, non deliberi la nomina del nuovo organo amministrativo in un adeguato lasso di tempo, il collegio sindacale, constatata l’impossibilità di funzionamento dell’assemblea, o la sua continuata inattività, chiede al tribunale l’emissione del provvedimento di scioglimento della società”*.

E’ ovvio che la definizione di *“adeguato lasso di tempo”* rischia di ingenerare non pochi problemi.

La mancanza dell’organo amministrativo è considerata dal codice civile una situazione patologica a cui occorre porre rimedio *“con urgenza”* e a cui viene posto momentaneamente rimedio mediante la supplenza del collegio sindacale.

Ipotizzare che l’assenza dell’organo amministrativo si prolunghi oltre il termine ragionevole dell’urgenza come sopra delineato significherebbe da un lato affidare all’organo di controllo un potere che travalica il mandato ad esso affidato e, dall’altro, porre in capo allo stesso collegio sindacale responsabilità che non sono proprie di tale organo.

Si consideri, peraltro, che se è vero che le decisioni vengono assunte in assemblea, sovente accade nella prassi che le stesse decisioni vengano prima stabilite dai soci e, in un momento successivo, formalizzate durante l’assemblea regolarmente convocata e riunita.

Pertanto, a detta di chi scrive, sarebbe auspicabile che nel Commento alla norma fosse previsto che, ove a seguito della prima convocazione l’assemblea dei soci non provvedesse alla nomina del nuovo organo amministrativo, il collegio sindacale debba riconvocare l’assemblea per deliberare lo scioglimento della società⁴².

Ove l’assemblea non riuscisse a deliberare anche in merito a ciò, i sindaci potrebbero chiedere comunque al tribunale l’emissione del provvedimento di scioglimento.

⁴² Se è vero da un lato che se l’assemblea convocata per la nomina dell’organo amministrativo non riesce a deliberare e che, pertanto, potrebbe non riuscire a deliberare anche in merito allo scioglimento della società, nella prassi accade di frequente che i soci, messi alle strette di fronte alla delibera di scioglimento della società, potrebbero trovare l’accordo necessario per la prosecuzione dell’attività sociale.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

3.2. La “amministrazione sindacale”

L’art. 2386, comma 5, c.c., si applica a fronte di una causa improvvisa di impossibilità per gli amministratori di continuare regolarmente ad operare.

Si tratta, in sintesi, di una soluzione temporanea avente lo scopo di permettere alla società di continuare con la propria attività ordinaria, concedendo all’assemblea dei soci un lasso di tempo necessario affinché possa provvedere alla nomina di un nuovo organo amministrativo.

Tale soluzione, oltre ad essere limitata nel tempo, come rappresentato nel par. *supra* 3.1, prevede limiti al potere gestorio dei sindaci: la norma, infatti, prevede che l’avvicendamento a tale incarico debba avvenire in relazione solo e limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione.

In termini generali, può essere definita ordinaria amministrazione quell’attività che rientra nell’alveo della normale attività di impresa esercitata abitualmente dalla società che viene amministrata⁴³, ovvero, il compimento di atti essenziali al raggiungimento dello scopo sociale, normalmente riferibili al tipo di attività sociale⁴⁴.

Si tratterebbe, pertanto, per i sindaci-amministratori *pro tempore* di far continuare il normale svolgimento dell’attività societaria.

Si consideri che l’ordinaria amministrazione di una società – soprattutto se limitata nel tempo, come nella fattispecie – non dovrebbe comportare in sé alcun problema per l’organo deputato al controllo, poiché questo dovrebbe già essere a conoscenza dell’organizzazione aziendale e del funzionamento della società.

Inoltre, tale attività non dovrebbe rivelarsi particolarmente gravosa a maggior ragione ove i sindaci avessero rilevato nei loro controlli il rispetto dei principi di corretta amministrazione e dell’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile e del suo corretto funzionamento⁴⁵.

⁴³ La definizione potrebbe anche essere ricavata *a contrario* da quella di atti di straordinaria amministrazione. Pertanto, non sono atti di ordinaria amministrazione quelli che modificano le strutture tecnico organizzative dell’impresa, gli atti di disposizione e alienazione dell’azienda, dei segni distintivi, dei beni immobili strumentali e di rinnovo radicale degli impianti (Cass. 18 giugno 1987, n. 5353, in *Giur. comm.* 1988), la cessione di brevetti, l’apertura o la chiusura di stabilimenti, l’inizio di una nuova attività produttiva, l’assunzione di finanziamenti per trasformazioni strutturali o di importo molto rilevante rispetto al patrimonio sociale e, infine, gli atti che alterano la consistenza o che mettono in pericolo l’integrità del patrimonio o che comunque comportano rischi non normali per il tipo di attività sociale.

⁴⁴ In altre parole, sono individuati in questa categoria tutti gli atti e i fatti classificabili nella normale attività della società, la quale, per poterli attuare, necessita dell’intervento degli amministratori.

⁴⁵ Si potrebbe arrivare ad affermare che, al di là delle eventuali responsabilità per il mancato esercizio del dovere di controllo, i sindaci abbiano un interesse diretto al buon svolgimento del

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

Tuttavia, pur con le considerazioni sopra evidenziate, occorre rilevare una criticità che non è stato preso in esame dalla Norma: l'obbligo di redigere il bilancio.

Oltre all'aspetto problematico relativo all'evidente conflitto di interessi che si verrebbe a creare nella fattispecie⁴⁶, nel caso in cui l'organo amministrativo dovesse cessare nel periodo in cui deve essere redatto il bilancio d'esercizio della società, appare evidente che in capo al collegio sindacale, - su cui già grava, oltre alle proprie attività, l'ordinaria amministrazione della società - verrebbe posto un ulteriore incombente, peraltro decisamente oneroso.

Si evidenzia il pericolo di oberare l'organo di controllo di attività rilevanti per la vita della società, il cui non corretto o mancato adempimento, oltre a costituire un rilevante problema per la società, comporterebbero in capo ai sindaci responsabilità affatto rilevanti.

Ciò posto, a detta di chi scrive, ove una compagine sociale si trovasse priva dell'organo amministrativo nel periodo in cui deve essere redatto il bilancio d'esercizio, potrebbe trovare applicazione la norma di cui all'art. 2364, comma 2, c.c.

Di conseguenza - e, ovviamente, solo nel caso in cui lo statuto lo prevedesse - sarebbe possibile rinviare l'approvazione del bilancio di esercizio nel maggior termine di centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale.

Si ritiene opportuno che tale indicazione sia riportata nei Commenti alla Norma, onde consentire ai membri del collegio sindacale che si dovessero trovare ad affrontare una problematica di questo tipo di avere un criterio di decisione preciso e univoco cui fare riferimento.

4. Conclusioni

In conclusione, appare opportuno accogliere con favore il lavoro svolto dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, con la collaborazione della Commissione di studio per le norme di comportamento degli organi di controllo legale delle società, nella redazione della Norma n. 9.

Tale norma, a detta di chi scrive, infatti, si presenta strutturata e accompagnata da riferimenti normativi e pratici utili ai soggetti chiamati a ricoprire il ruolo di sindaci.

Inoltre, la Norma ha il pregio di prendere in esame, tra l'altro, la fattispecie di cui all'art. 2386 c.c. Se nella prassi, almeno sulla base dell'esperienza di chi scrive, accade di rado che il collegio sindacale sia chiamato a svolgere un ruolo amministrativo,

proprio mandato, poiché, nel caso in cui dovessero *ex art.* 2386, comma 5, c.c. trovarsi a supplire *pro-tempore* l'organo amministrativo, avrebbero il riscontro immediato della bontà o meno dei loro rilievi.

⁴⁶ Sui medesimi soggetti graverebbero incarichi sia di gestione che di doppio controllo (legale e contabile), che potrebbero talvolta anche essere confliggenti tra loro.

STUDI E OPINIONI

NORME DI COMPORTAMENTO PER I SINDACI

dall'altro proprio la mancanza di una vasta casistica cui fare riferimento, potrebbe creare difficoltà pratiche ai sindaci chiamati a svolgere tale compito.

Peraltro, sulla base di quanto rilevato nei paragrafi precedenti, appare opportuno richiamare l'attenzione del CNDCEC in merito alle due questioni evidenziate ai par. 3.1 e 3.2, rispettivamente in materia di inattività dell'assemblea e di amministrazione sindacale coincidente con il periodo di approvazione del bilancio di esercizio.

DUE DILIGENCE, TRATTATIVE E FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ CIVILE

Le acquisizioni di partecipazioni societarie sono, di norma, precedute da un'attività di due diligence da parte del potenziale acquirente. Sia che le successive trattative giungano a esito positivo, mediante la conclusione del contratto di acquisizione, sia che esse si arenino, si possono porre problemi di responsabilità civile. L'obiettivo di questo scritto è quello d'indagare le problematiche di responsabilità che si pongono nelle fasi preliminari (due diligence e trattative) delle acquisizioni societarie. La materia è di considerevole rilevanza pratica, anche se risulta poco trattata in giurisprudenza, probabilmente per il fatto che le liti sul punto vengono generalmente risolte per via arbitrale (e rimangono pertanto riservate).

di VALERIO SANGIOVANNI

1. Il contratto di acquisizione

Il contratto di acquisizione è il contratto con il quale un primo soggetto vende e un secondo soggetto compra una partecipazione sociale¹. Ci si riferisce usualmente a tale contratto con l'espressione inglese di “*share purchase agreement*” (ovvero “contratto avente a oggetto l'acquisto di azioni”)². La ragione del ricorso a termini

¹ In materia di cessione di partecipazioni sociali v. *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. Irrera, Torino, 2011. Cfr., a titolo esemplificativo, M. Benetti, *Cessione di quote: efficacia, opponibilità ed esercizio dei diritti sociali*, in *Società*, 2008, 229 ss.; G. Carullo, *Osservazioni in tema di vendita della partecipazione sociale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 954 ss.; G. Festa Ferrante, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2005, II, 156 ss.; F. Funari, *Cessione di quote sociali e patto di non concorrenza*, in *Società*, 2009, 967 ss.; F. Parmeggiani, *In tema di annullabilità della compravendita di azioni*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1185 ss.; C. Punzi, *Le controversie relative alle cessioni e acquisizioni di partecipazioni societarie e le azioni esperibili*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 547 ss.; R. Rordorf, *Cessione di quote sociali e divieto di concorrenza: il velo societario si fa più trasparente*, in *Foro it.*, 2000, I, 3116 ss.; V. Salafia, *Obbligo di dimissioni di partecipazioni societarie*, in *Società*, 2010, 353 s.; D. Scarpa, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 395 ss.; A. Tina, *Trasferimento di partecipazioni societarie e annullamento del contratto*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 110 ss.

² Sul contratto di acquisizione di partecipazioni sociali v., da ultimo, G. De Nova, *Il Sale and*

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

inglesi è il fatto che, con una certa frequenza nella prassi, i contratti di acquisizione vengono redatti in tale lingua. La scelta dell'inglese appare necessaria tutte le volte in cui una delle parti del contratto è straniera e non conosce l'italiano. L'esigenza di utilizzare l'inglese sussiste anche quando, nell'operazione, intervengano delle banche in funzione di finanziatrici dell'acquirente, se si tratta d'istituti di credito stranieri.

Ai fini della corretta qualificazione del contratto di acquisizione è, paradossalmente, di aiuto maggiore l'espressione inglese di "*share purchase agreement*" rispetto a quella italiana di "contratto di acquisizione". Che si tratti di un contratto ("*agreement*") è fuori di dubbio; bisogna però comprendere di quale tipo contrattuale si tratti. Al riguardo l'espressione inglese di "*purchase*", diversamente da quella di "acquisizione", ci consente di comprendere con immediatezza che si tratta di un contratto di compravendita. Risulta soddisfatta la definizione che ne dà la legge come il contratto con cui si trasferisce la proprietà di una cosa o di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo (art. 1470 c.c.): il bene oggetto di trasferimento sono le azioni o quote della società, mentre il prezzo è il corrispettivo che viene pagato dall'acquirente. Il contratto di acquisizione è un contratto di compravendita caratterizzato dal fatto che il bene compravenduto è una partecipazione sociale.

Il "contratto di acquisizione" non è uno dei contratti "nominati" previsti dal nostro sistema. Ciò non significa peraltro che tale contratto non sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2, c.c.): del resto il contratto di acquisizione costituisce lo strumento indispensabile per garantire la circolazione delle partecipazioni sociali. Anche a voler considerare il contratto di acquisizione come atipico, non si deve dimenticare che a esso trovano anzitutto applicazione le disposizioni sui contratti in generale (art. 1323 c.c.). A mio avviso, tuttavia, il contratto di acquisizione non può considerarsi atipico, dovendo invece essere qualificato come "vendita" (art. 1470 c.c.). Il contratto potrebbe essere pacificamente denominato dalle parti "contratto di vendita" (come del resto avviene nell'espressione inglese): ciò che è particolare - nel contratto di acquisizione - è solo il suo oggetto, consistente in una partecipazione sociale.

In questo articolo non ci occuperemo però di contratto di acquisizione in generale, bensì di ciò che precede la conclusione di tale contratto: l'attività di *due diligence* e le trattative fra le parti. In tali contesti si possono porre diversi problemi di responsabilità civile.

2. L'asimmetria informativa e l'attività di *due diligence*

Chi compra una partecipazione sociale, compra direttamente solo delle azioni o

Purchase Agreement: *un contratto commentato*, Torino, 2011. Cfr. inoltre AA.VV., *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, a cura di U. Draetta e C. Monesi, Milano, 2007; L. Picone, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, Milano, 1995.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

delle quote (l'oggetto della compravendita sono le partecipazioni sociali), ma indirettamente anche una parte della società cui la partecipazione si riferisce. Così facendo, l'acquirente compra tutte le attività e le passività riconducibili a detta società. Il problema principale per il compratore è che, essendo generalmente un soggetto estraneo alla società bersaglio, non ne conosce le caratteristiche. Laddove comprasse la partecipazione senza accurate verifiche preliminari, si potrebbe trovare esposto a sorprese negative rispetto alle sue aspettative.

In altre parole, anche nel contesto delle acquisizioni societarie – come, in sostanza, nella conclusione di qualsiasi contratto - si pone con forza il problema delle asimmetrie informative e della necessità di colmarle. In altri settori esistono disposizioni finalizzate a rimuovere tali squilibri informativi³, generalmente motivate dall'esigenza di tutelare una delle parti contrattuali che il legislatore presume essere debole rispetto all'altra. Nel contesto delle operazioni societarie di acquisizione non esistono invece norme espresse che impongono un comportamento del genere. Ciò è dovuto, fra l'altro, al fatto che non esiste una disciplina *ad hoc* del contratto di acquisizione di partecipazioni sociali nel nostro ordinamento (e, forse, anche a una sorta di presunzione che ambedue le parti di tale contratto dispongano di sufficiente competenza ed esperienza e non necessitino di particolare tutela).

Attesa siffatta lacuna normativa, la comunicazione d'informazioni nel contesto delle acquisizioni societarie è rimessa alle valutazioni delle parti: spetta al venditore dare le informazioni necessarie e spetta all'acquirente raccogliere (e giudicare) tali informazioni. Il punto su cui ci si vuole soffermare in questo articolo è che, all'interno di tale attività, si possono porre problemi di responsabilità civile: gli amministratori che agiscono per il venditore (sia i gestori della società venditrice sia i gestori della società da vendersi) rispondono nei casi in cui forniscono informazioni riservate con leggerezza; viceversa gli amministratori che agiscono per l'acquirente rispondono quando non raccolgono sufficienti informazioni (oppure le valutano in modo sbagliato).

Se la società è quotata, le informazioni a disposizione del potenziale acquirente sono maggiori, dal momento che la quotata è assoggettata a diversi obblighi informativi verso il pubblico. Nel caso però di ordinarie società di capitali, soprattutto nel caso si tratti di società chiuse, la quantità d'informazioni di cui un soggetto esterno dispone è normalmente insufficiente al fine di garantire un'appropriata valutazione preliminare dei rischi che fanno seguito all'acquisto della partecipazione.

Al fine di ridurre i rischi connessi con l'acquisto di partecipazioni sociali, la sottoscrizione del contratto di acquisizione è generalmente preceduta da una attività di

³ Si pensi, a titolo di esempio, al contesto dell'intermediazione finanziaria, laddove l'art. 21, comma 1, t.u.f. prevede che i soggetti abilitati devono acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

“*due diligence*”⁴. Talvolta tale attività avviene mentre è già in corso la negoziazione del contratto di acquisizione e corre in parallelo con le trattative: in questo caso generalmente l’acquirente si riserva espressamente, ad esempio nella lettera di intenti o nel *memorandum of understanding* siglati agli inizi delle trattative, di apportare modifiche alla bozza di contratto agli esiti della *due diligence*. Come vedremo nel prosieguo, una clausola del genere è utile per evitare che le bozze contrattuali possano essere reputate vincolanti; tale utilità risulta particolarmente evidente se l’attività di *due diligence* non è completata e l’acquirente vuole riservarsi l’inserimento in contratto di pattuizioni specifiche che tengano conto degli esiti della *due diligence*.

Anche l’espressione “*due diligence*”, come quella di *share purchase agreement*, è di origine anglosassone e può essere tradotta – letteralmente – con “diligenza dovuta”: si tratta della diligenza che un avveduto acquirente utilizza nell’effettuare tutte le necessarie verifiche prima di acquistare una partecipazione sociale. Non sussiste un obbligo giuridico di effettuare una *due diligence* prima di comprare una partecipazione sociale. Tuttavia gli amministratori della società acquirente che dovessero omettere tale attività rischierebbero di rendersi responsabili nei confronti della società per avere ommesso la diligenza che è necessaria nello svolgere l’attività di gestore.

Nella prassi all’acquirente viene normalmente data l’opportunità di effettuare una serie di verifiche sulla società bersaglio. L’attività di *due diligence* può essere svolta direttamente dal compratore oppure, più frequentemente, incaricando degli esperti esterni alla società, che – per lo svolgimento di tale attività – verranno naturalmente retribuiti.

Tradizionalmente la documentazione oggetto di *due diligence* veniva predisposta in formato cartaceo e veniva resa accessibile all’acquirente per un certo lasso di tempo in un ambiente a tal proposito predisposto (di qui l’espressione “*data room*”: stanza dei dati). In tempi recenti è divenuta più frequente la messa a disposizione delle informazioni in formato virtuale, cui il compratore può accedere – sempre per un limitato lasso di tempo – per via elettronica.

La *due diligence* può avere un oggetto più o meno ampio a seconda dei casi. È importante che il potenziale acquirente, nell’incaricare dei professionisti di effettuare

⁴ In materia di *due diligence* cfr. L. Bragoli, *La due diligence legale nell’ambito delle operazioni di acquisizione*, in *Contratti*, 2007, 1125 ss.; A. Camagni, *La due diligence nelle operazioni di acquisizione e valutazione di aziende*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 191 ss.; C. F. Giampaolino, *Ruolo della Due Diligence e onere di informarsi*, in *AIDA*, 2009, 29 ss.; L. Picone, *Trattative, due diligence ed obblighi informativi delle società quotate*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 234 ss. In tema di trattative e fasi preparatorie delle operazioni di fusione v. G. Coltraro, *Le trattative e gli accordi preparatori all’operazione di fusione: prime riflessioni*, in *Vita not.*, 2009, 1103 ss.; V. Martí Moya, *La fase preliminare delle operazioni di fusione e scissione: configurazione giuridica del progetto e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 63 ss.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

tale indagine, indichi se lo studio della società bersaglio debba essere analitico oppure solo sintetico. Ciò che non può mai mancare in una buona *due diligence* è l'identificazione dei rischi più significativi che l'acquisto della partecipazione comporta. In alcuni casi le relazioni di *due diligence* sono particolarmente analitiche e contengono una descrizione dettagliata di tutte le caratteristiche della società da acquisirsi. A parte il discorso sulla maggiore o minore analiticità dell'attività di *due diligence*, generalmente si può affermare che i controlli tipici che vengono effettuati in tale contesto sono quelli di natura finanziaria, fiscale e legale. La *due diligence* finanziaria mira a verificare la situazione dei conti della società. Le verifiche di tipo fiscale mirano essenzialmente a controllare se la società ha adempiuto correttamente ai suoi obblighi nei confronti del fisco. La *due diligence* legale ha lo scopo di stabilire se esistono dei rischi di tipo legale. In linea di principio l'acquirente vorrà effettuare ampi controlli sulla società da acquisirsi (anche se, generalmente, dovrà sopportare costi tanti maggiori quanto più ampio è l'oggetto d'indagine), mentre il venditore tenderà a preferire che tale indagine non sia eccessivamente invasiva.

All'esito dell'attività di *due diligence*, viene generalmente preparata una relazione scritta – indirizzata al potenziale acquirente della partecipazione – nella quale vengono descritti – talvolta in modo molto dettagliato - i rischi che l'acquisto delle quote/azioni comporta.

Come si è già intuito, lo scopo della *due diligence* è duplice. Da un lato, essa ha finalità meramente informativa per l'acquirente: conoscere meglio le caratteristiche della società che si va ad acquisire. Da un altro lato la *due diligence* ha un obiettivo specifico, consistente nell'identificare i rischi che la società bersaglio presenta. Una volta identificati tali rischi, il potenziale acquirente ha due possibilità: comprare la partecipazione oppure, se reputa i rischi eccessivi e non eliminabili, rinunciare all'acquisto. Nel caso in cui il potenziale compratore decida di procedere all'acquisto, spetta al contratto di acquisizione prevedere apposite clausole che consentano di eliminare-ridurre i rischi. Vi è pertanto uno stretto legame fra l'attività di *due diligence*, la scelta se investire o meno, le successive negoziazioni e, infine, il contenuto del contratto di acquisizione.

L'attività di *due diligence* viene talvolta riflessa in un'apposita clausola del contratto di acquisizione. Grazie alla verifica preliminare sulla società bersaglio, l'acquirente è venuto a conoscenza delle caratteristiche fondamentali della società da acquisirsi, comprese le criticità che la riguardano: ciò gli consente di determinare (e concordare con la controparte) il “giusto” prezzo della partecipazione. Il venditore non vuole che il compratore possa, successivamente al perfezionamento dell'acquisizione, attivare garanzie che gli permettano di conseguire un risarcimento (economicamente equivalente a una riduzione del prezzo)⁵. Questo vale, in particolare, quando

⁵ Sul tema delle garanzie nei contratti di compravendita delle partecipazioni sociali cfr. F.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

L'acquirente ha avuto l'opportunità di esaminare attentamente la società e ha scoperto in anticipo le sue criticità, tenendone conto ai fini della determinazione del prezzo. Al fine di conseguire un risultato del genere (per così dire di "stabilizzazione" del prezzo di acquisto), il venditore insiste per l'inserimento in contratto di una clausola con la quale l'acquirente dichiara di avere effettuato accurati controlli sulla società e, al meglio delle sue conoscenze, di non avere riscontrato alcuna circostanza che gli potrebbe consentire di attivare una garanzia. Questa previsione impedisce comportamenti scorretti dell'acquirente, il quale potrebbe – individuati in anticipo i vizi – tacere sui medesimi, per poi chiedere, appena perfezionato il contratto, un risarcimento del danno che equivarrebbe, nella sostanza, a una riduzione del prezzo.

L'accesso alle informazioni che viene consentito in sede di *due diligence* può determinare responsabilità in capo agli amministratori della società da acquisirsi e in capo al potenziale acquirente (che, poi, desiste dall'acquisto e utilizza indebitamente tali dati e notizie). Vediamo di esaminare separatamente queste due ipotesi.

3. L'accesso alle informazioni e la responsabilità degli amministratori

L'attività di *due diligence* comporta che un soggetto (il potenziale venditore) fornisce informazioni mentre un altro soggetto (il potenziale acquirente) riceve informazioni. Assumendo che i due attori dell'operazione siano società di capitali, si pone il problema della possibile responsabilità degli amministratori che agiscono in nome e per conto di esse. I gestori potrebbero rispondere nei confronti della propria società nel caso in cui non abbiano adottato tutte le necessarie cautele in sede di *due diligence*. Tale problematica sussiste sia per gli amministratori della società bersaglio sia per gli amministratori dell'acquirente: nel caso della società *target* vi potrà essere responsabilità nel caso di dazione superficiale d'informazioni riservate, nel caso dell'acquirente vi potrà essere responsabilità nel caso di raccolta insufficiente (o di inadeguata elaborazione) delle informazioni.

Analizziamo ambedue queste posizioni, iniziando con la *possibile responsabilità degli amministratori della società bersaglio*.

L'osservazione da cui partire è che un positivo svolgimento dell'attività di *due diligence* implica la collaborazione della società da acquisirsi, la quale deve mettere a disposizione il materiale richiesto. Nella prassi il potenziale acquirente si rivolge al potenziale venditore presentando un elenco di documenti e informazioni (*check list*) che

Bonelli, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 293 ss.; P. Casella, *I due sostanziali metodi di garanzia al compratore*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990, 131 ss.; C. D'Alessandro, *Vendita di partecipazioni sociali e promessa di qualità*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1071 ss.; A. Fusi, *La vendita di partecipazioni sociali e la mancanza di qualità*, in *Società*, 2010, 1203 ss.; L. Renna, *Note su un tema dibattuto: la vendita di azioni o quote di società e le garanzie dell'alienante*, in *Giur. it.*, 2008, 365 ss.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

desidera avere al fine di valutare la fattibilità e la convenienza dell'operazione di acquisizione. L'attività di preparazione del materiale è di competenza degli amministratori della società bersaglio, i quali però – a loro volta - si avvalgono generalmente di consulenti esterni. Anche se la comunicazione fra potenziale venditore e potenziale acquirente avviene spesso per il tramite dei consulenti delle parti, in linea di principio la responsabilità per la documentazione fornita rimane in capo alla società *target* (e, per essa, ai suoi amministratori).

Può capitare che, a fronte di un socio che intende vendere la propria partecipazione, non vi sia collaborazione da parte della società nel mettere a disposizione del potenziale acquirente le informazioni richieste. Questo problema non si pone quando il socio è anche amministratore della società, potendo – in tale qualità – avere accesso diretto alle informazioni e trasmetterle ai terzi. In alcuni casi, però, il socio non riveste alcuna carica amministrativa.

Il problema del possibile conflitto fra socio e società deve allora essere affrontato dal socio esercitando il suo diritto d'informazione nei confronti della società. Mediante l'esercizio di tale diritto, il socio raccoglie il materiale da mettere poi a disposizione del potenziale acquirente. Sul punto va peraltro operata una distinzione fra la s.r.l. e la s.p.a.: come è noto, mentre nel primo tipo societario è riconosciuto un ampio diritto del quotista all'informazione (art. 2476, comma 2, c.c.)⁶, nella s.p.a. manca una disposizione che preveda un così esteso diritto d'informazione dell'azionista. L'art. 2422 c.c. consente agli azionisti di fare molto poco: solo di esaminare il libro dei soci e quello delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee. Il legislatore tiene in considerazione la differente natura dei due tipi societari e struttura diversamente il diritto di informazione-controllo. In una società che si assume di norma con pochi soci, come la s.r.l., il diritto di controllo è riconosciuto con ampiezza; viceversa in un tipo societario come la s.p.a., che – in ipotesi – può presentare una compagine sociale ampia, viene maggiormente tutelata la riservatezza della società. Ne consegue che, mentre nella s.r.l., il quotista potrà agevolmente raccogliere tutte le informazioni da dare al potenziale acquirente, nella s.p.a. non è affatto pacifico che l'azionista possa conseguire tale risultato.

Nella s.p.a. il problema dell'assenza di una disposizione espressa che preveda un ampio diritto di controllo-informazione dell'azionista può probabilmente essere risolto

⁶ Sul diritto di controllo e informazione del quotista cfr. R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007. V. inoltre, per limitarsi ad alcuni recenti contributi, D. Cesiano, *Il (limitato?) diritto di consultazione del socio ex-amministratore nella s.r.l.*, in *Società*, 2010, 1131 ss.; A. Pisapia, *Il controllo del socio nella S.r.l.: oggetto, limiti e rimedi*, in *Società*, 2009, 505 ss.; V. Sangiovanni, *Diritto di controllo del socio di s.r.l. e autonomia statutaria*, in *Notariato*, 2008, 671 ss.; V. Sanna, *L'ambito di applicazione dei diritti di controllo spettanti ai "soci che non partecipano all'amministrazione" nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 155 ss.; F. Torroni, *Note in tema di poteri di controllo del socio nella s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2009, II, 673 ss.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

ricostruendo un dovere d'informazione degli amministratori derivante dal generale obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'espletamento del loro mandato nell'interesse della società⁷. Ne consegue che, laddove la richiesta del socio non sia pretestuosa (e, più in generale, laddove non vi osti l'interesse sociale), i gestori vi devono dare seguito.

Al fine di evitare danni in capo alla società in conseguenza della comunicazione d'informazioni al potenziale acquirente, è sicuramente consigliabile che gli amministratori facciano precedere la trasmissione d'informazioni dalla sottoscrizione di un accordo di riservatezza (in inglese “*confidentiality agreement*” o “*non disclosure agreement*”), con il quale il terzo – potenziale acquirente - si impegna a non divulgare e a non utilizzare ciò di cui verrà a conoscenza. Il gestore avveduto concede dunque l'accesso alle informazioni richieste da terzi, ma fa precedere tale attività dalla firma di un accordo di riservatezza, la cui violazione espone il potenziale acquirente all'obbligo di risarcimento del danno. È importante che tale pattuizione preveda il divieto non solo di comunicare a terzi le informazioni, ma anche di utilizzarle direttamente: laddove il potenziale acquirente fosse un concorrente della società, le informazioni – pur senza essere comunicate a terzi – potrebbero essere comunque utilizzate a nocimento della società.

Comunque anche nella s.r.l., pur in presenza di un ampio diritto di controllo-informazione del quotista stabilito direttamente dalla legge, possono sorgere conflitti fra il socio e gli amministratori in riferimento all'esercizio del diritto d'informazione quale strumento per consentire poi a terzi l'accesso a dati e notizie. Anche in questo tipo societario permettere al potenziale acquirente l'accesso alla documentazione può difatti essere rischioso nei casi in cui il terzo sia portatore d'interessi in conflitto con quelli della società, ad esempio nell'ipotesi in cui sia in corso un contenzioso oppure si tratti di un soggetto che svolge attività concorrenziale. Non si può pertanto escludere che gli amministratori si oppongano alla richiesta d'informazioni avanzata dal socio.

La legittimità di un tale comportamento degli amministratori è discussa. Secondo alcuni, il diritto d'informazione del quotista non conoscerebbe limiti e i gestori sarebbero obbligati a dare le informazioni richieste. Sarebbe poi il socio che non ne fa un uso appropriato a rispondere nei confronti della società. Secondo un'altra interpretazione, l'amministratore potrebbe invece negare la dazione d'informazioni, quando sussiste il rischio concreto che le informazioni vengano usate a danno della società. Bisogna dire che, nell'ordinamento tedesco, la questione è stata risolta espressamente dalla legge, la quale prevede che gli amministratori possano rifiutare le informazioni quando vi è da temere che il socio le possa utilizzare per scopi estranei a quelli sociali e da tale comportamento possa derivare alla società un danno non

⁷ Cfr., per questa impostazione, U. Tombari, *Problemi in tema di alienazione della partecipazione azionaria e attività di due diligence*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 70 ss.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

irrilevante (§ 51a, comma 2, della legge tedesca sulla società a responsabilità limitata). Una disposizione simile non è prevista nel nostro ordinamento, lasciando così aperto il dibattito.

Personalmente mi pare più convincente l'interpretazione per cui l'amministratore è legittimato a negare l'accesso alle informazioni quando vi è il rischio di danno per la società. Il fatto che poi risponda il socio non può essere ritenuto sufficiente a garantire la società nel suo complesso. Il timore cui mi riferisco può essere bene illustrato con un esempio: si immagini un socio che detiene solo il 5% della società, senza essere amministratore, e che ottiene dai gestori informazioni riservate che poi trasmette a un potenziale acquirente (che è anche un concorrente). In un'ipotesi del genere il 95% del capitale (e, dunque, nella sostanza quasi l'intera società) subirebbe un danno, in caso di mancata acquisizione, che può invece essere agevolmente evitato non dando le informazioni. Si è già accennato sopra come il mandato che lega gli amministratori alla società implica che questi si debbano comportare secondo buona fede e facendo gli interessi della società. A queste condizioni ritengo che il gestore che teme fondatamente che le informazioni possano essere utilizzate contro la società non solo possa, ma addirittura debba, rifiutarsi di darle a terzi.

Non si può peraltro non rilevare come la posizione dell'amministratore, alla luce dell'assenza di disposizioni espresse, risulti al riguardo particolarmente delicata. Se le informazioni vengono date al potenziale acquirente, può essere ritenuto responsabile per mancata precauzione nella loro dazione. Se invece le informazioni vengono negate, il socio richiedente potrebbe ugualmente farne valere la responsabilità, assumendo in ipotesi un mancato guadagno derivante dall'impossibilità di cedere la partecipazione a causa del fatto che il terzo non ottiene le informazioni che desidera e che reputa necessarie per valutare la sensatezza dell'acquisto. Come detto, la soluzione pratica consiste nella previa sottoscrizione di un accordo di confidenzialità.

Vi è, infine, la *possibile responsabilità degli amministratori della società acquirente*. Questi soggetti si trovano in posizione opposta rispetto a quella dei gestori della società bersaglio: ciò che potrebbe essere loro contestato è di non avere effettuato tutte le necessarie verifiche prima di procedere all'acquisizione. In altre parole, mentre la contestazione che può essere mossa agli amministratori della società *target* è di avere dato "troppe" informazioni alla controparte, l'obiezione che può essere mossa ai gestori dell'acquirente è di avere raccolto "troppo poche" informazioni dalla controparte.

In materia di responsabilità degli amministratori dell'acquirente, va peraltro rilevato che essi operano generalmente avvalendosi di consulenti professionisti e retribuiti. La circostanza di avvalersi di tali professionisti non fa generalmente venire meno la loro responsabilità, ma potrebbe attenuarla. A ciò si aggiunga che, talvolta, il fatto di non essere riusciti a raccogliere informazioni non è espressione di negligenza degli amministratori, ma è dovuta al rifiuto della controparte. In altre parole anche l'ottenimento di informazioni preliminari alla conclusione del contratto di acquisizione

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

è oggetto di trattative e non è detto che la parte venditrice sia disponibile a fornire le informazioni richieste. La responsabilità degli amministratori dell'acquirente potrà pertanto affermarsi in casi residuali. Si immagini l'ipotesi (direi quasi di scuola) di grave negligenza in cui non sia stata chiesta alcuna informazione alla controparte, effettuando un acquisto della partecipazione del tutto incauto. Oppure si pensi al caso in cui siano state chieste al venditore informazioni, che non sono però state fornite, e gli amministratori abbiano comunque proceduto a comprare la partecipazione nonostante mancassero informazioni assolutamente cruciali al fine di un' appropriata valutazione della società bersaglio. Talvolta la negligenza dei gestori può riguardare aspetti particolari, che potrebbero apparire secondari, ma che in realtà – rispetto alla società da acquisirsi – rivestono importanza centrale: si immagini il caso dell'acquisto di una società farmaceutica, la cui attività principale è un farmaco coperto da brevetto, che risulta – *post* acquisizione – non essere stato validamente conseguito o essere scaduto. Un'accurata verifica dei diritti di proprietà intellettuale avrebbe consentito di verificare, prima della conclusione del contratto, che il valore della società doveva reputarsi decisamente inferiore in considerazione di tale manchevolezza.

4. L'accesso alle informazioni e la responsabilità del potenziale acquirente

La *due diligence* comporta mettere a disposizione del potenziale acquirente informazioni. Tali informazioni sono per definizione riservate, in quanto – se fossero pubbliche o comunque accessibili al pubblico – il compratore non avrebbe necessità di rivolgersi al venditore per ottenerle. Si pensi ai dati contenuti nel registro delle imprese, che è pubblico (art. 2188, comma 3, c.c.): l'acquirente non ha alcun bisogno di rivolgersi al venditore, potendo recuperare da solo tali dati. Il problema è che le informazioni che sono già pubbliche non bastano generalmente per operare a ragion veduta una scelta di acquisizione societaria.

Considerata la natura riservata (almeno di alcune) delle informazioni che vengono trasmesse nel contesto di una *due diligence*, sussiste il pericolo che il potenziale acquirente usi tali informazioni a danno della società da acquisirsi. Ciò può capitare quando le trattative non vanno a buon fine e il terzo si avvale successivamente delle informazioni raccolte per fini diversi. Il rischio è particolarmente elevato quando il fallito acquirente è un concorrente della società bersaglio.

Come si accennava, nella prassi il problema della riservatezza delle informazioni viene generalmente risolto anticipatamente mediante appositi accordi fra le parti che vengono conclusi prima di dare accesso alle informazioni. Tali pattuizioni prevedono il divieto di comunicare a terzi le informazioni nonché il divieto di utilizzare in proprio le informazioni. La necessità di accordi di riservatezza è maggiore quando le attività della società da acquisirsi sono prevalentemente o in misura significativa di natura immateriale.

Gli accordi di riservatezza non contengono alcuna durata o, al più, una durata

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

particolarmente lunga. Nel caso il potenziale acquirente compri la partecipazione sociale, tali accordi perdono di significato in quanto il compratore diventa proprietario – almeno *pro quota* – della società e potrà usare legittimamente tali informazioni. La funzione degli accordi di riservatezza si esplica invece nel suo massimo grado quando le trattative falliscono e la partecipazione non viene comprata. È proprio in questo caso che il fallito acquirente potrebbe comunicare le informazioni oppure utilizzarle in proprio. Ne consegue la necessità che gli accordi di riservatezza non siano limitati nel tempo, ma durino anche dopo che le trattative sono definitivamente tramontate.

La violazione degli accordi di riservatezza determina la responsabilità civile del potenziale acquirente. Tale responsabilità è contrattuale, esistendo difatti un contratto (l'accordo di riservatezza) che la fonda. Si applicano pertanto le disposizioni che regolano la responsabilità contrattuale in generale.

Tuttavia la materia specifica della quantificazione del danno può trovare un'apposita regolazione nei medesimi accordi di riservatezza. È comune (e importante per un'appropriata tutela del potenziale venditore) che gli accordi di riservatezza prevedano delle sanzioni per il caso di loro inosservanza. Tali sanzioni possono essere essenzialmente di due tipi: l'obbligo di risarcire il danno oppure, addirittura, una clausola penale. La previsione dell'obbligo di risarcire il danno è la clausola più usuale, che – però – si può rivelare spuntata. Si possono difatti verificare problemi nella determinazione del danno subito in conseguenza della diffusione/utilizzazione delle informazioni. Più efficace può invece essere la previsione di una clausola penale. Come è noto, una tale pattuizione esenta dalla (come detto, non sempre facile) prova del danno (art. 1382, comma 2, c.c.). La clausola penale ha peraltro una controindicazione, in quanto il danno è limitato alla somma indicata nella clausola medesima (art. 1382, comma 1, c.c.) e il ristoro potrebbe essere insufficiente. La disposizione non è peraltro imperativa e il venditore fa bene a inserire in contratto la specificazione che è fatto salvo il diritto al risarcimento dei danni ulteriori.

5. La responsabilità da interruzione delle trattative

Quando le trattative fra il venditore e l'acquirente vanno a buon fine, si giunge alla conclusione di un contratto di acquisizione della partecipazione sociale e i problemi di eventuale risarcimento del danno verranno regolati sulla base delle clausole di garanzia contenute in tale contratto.

Può peraltro ben capitare, per le ragioni più diverse, che le trattative fra il venditore e l'acquirente non giungano a buon fine, nel senso che il contratto di acquisizione non viene concluso. Il fallimento delle negoziazioni è generalmente riconducibile al fatto che il venditore pretende un prezzo eccessivamente elevato per la sua partecipazione oppure al fatto che l'acquirente ritiene che non sussistano tutele sufficienti contro i rischi connessi all'acquisizione. È peraltro difficile fare un catalogo ragionevolmente completo delle ragioni che possono indurre una delle due parti a

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

interrompere le trattative.

Anche nel caso d'interruzione delle trattative, se tale rottura è ingiustificata, si possono porre problemi di responsabilità civile⁸. Il tipo di responsabilità che rileva in questi casi è quella precontrattuale⁹. In linea di principio non è possibile, difatti, parlare di responsabilità contrattuale, fino a quando il contratto non è venuto a esistenza; non potrà in particolare affermarsi una responsabilità da inadempimento contrattuale quale quella che statuisce l'art. 1218 c.c. La giurisprudenza qualifica come extracontrattuale la responsabilità precontrattuale¹⁰.

La base normativa della responsabilità di chi interrompe ingiustificatamente le trattative è l'art. 1337 c.c., che impone alle parti, nello svolgimento delle trattative, di comportarsi secondo buona fede¹¹. Si tratta allora di capire cosa si debba intendere con

⁸ In materia di responsabilità da ingiustificata interruzione delle trattative cfr. G. Afferni, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno resp.*, 2009, 469 ss.; F. D'Alonzo, *Responsabilità precontrattuale per ingiustificata rottura delle trattative e risarcimento dei danni: il limite invalicabile dell'interesse negativo*, in *Nuovo dir.*, 2003, II, 33 ss.; R. C. Delconte, *Responsabilità per ingiustificata rottura delle trattative*, in *Contratti*, 2004, 12 ss.; P. Pardolesi, *Recesso nelle trattative: un esercizio di comparative law and economics*, in *Danno resp.*, 2005, 599 ss.; M. Viale, *Il recesso dalle trattative senza giusta causa*, in *Giur. mer.*, 1983, 1358 ss.

⁹ Più in generale in tema di informazione e responsabilità precontrattuale v., a vario titolo, C. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1 ss.; R. Catalano, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di comportamento*, in *Dir. giur.*, 2009, 293 ss.; M. Conforti, *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 207 ss.; I. Riva, *Nuove tendenze in tema di danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1013 ss.; V. Roppo, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 747 ss.; V. Sangiovanni, *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, in *Contr. impr.*, 2010, 123 ss.; C. Scognamiglio, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1450 ss.; U. Salanitro, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 59 ss.

¹⁰ Ad esempio Cass., SS.UU., 16 luglio 2001, n. 9645, ha affermato che la responsabilità precontrattuale, configurabile per violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c., costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, sicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo debbono essere vagliati alla stregua degli artt. 2043 e 2056 c.c.

¹¹ Sulla buona fede nelle trattative cfr. V. Amendolagine, *Responsabilità precontrattuale e violazione dell'art. 1337 c.c. per lesione del principio di buona fede: oggettivizzazione della seconda in rapporto alla prima?*, in *Arch. loc. cond.*, 2005, 348 ss.; M. Capodanno, *Lettere di intenti, doveri in contrahendo e buona fede nelle trattative*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 305 ss.; G. Gigliotti, *Trattative, minute e buona fede. La responsabilità da condotta sleale*, in *Corr. mer.*,

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

“buona fede” nello svolgimento delle trattative: laddove difatti l’interruzione da trattative corrispondesse a “buona” fede, non esisterebbero i margini per affermare la responsabilità civile della controparte; quando invece l’interruzione delle trattative avviene in “mala” fede, vi sono i margini per affermare la responsabilità del soggetto interessato.

Comportarsi secondo buona fede nelle trattative significa, in sostanza, non creare nella controparte l’ingiustificato affidamento sulla serietà dell’intenzione di voler concludere il contratto. Si può pertanto ritenere civilmente responsabile per indebita conduzione di trattative il soggetto che non è realmente interessato alla conclusione del contratto, ma – ciò nonostante – continua a trattare, salvo poi abbandonarle improvvisamente senza un apparente motivo¹². Anche se potrebbe *prima facie* apparire improbabile che un evento del genere si verifichi nella prassi, in realtà ci sono condizioni particolari in cui un simile comportamento può effettivamente realizzarsi.

Trattative simulate possono essere, ad esempio, imbastite quando il “finto” negoziatore non vuole che la sua controparte intavoli trattative reali con terzi concorrenti e, a questo fine, simula appunto delle trattative (per distrarre la controparte da trattative “serie” con i terzi concorrenti). Nella prassi potrebbe anche capitare che un soggetto ponga in essere due trattative, una finta e un’altra reale: si intavola una “finta” trattativa per creare un’apparenza nei confronti di un terzo con il quale si negozia “realmente”, al fine di esercitare pressione e di spuntare migliori condizioni nella trattativa reale. Vi sono però casi ancora più concreti in cui può verificarsi che un soggetto si sieda al tavolo delle trattative senza alcuna reale intenzione di concludere il contratto. L’ipotesi è quella del socio che intende vendere la propria partecipazione su cui però gli altri soci vantano un diritto di prelazione. La clausola statutaria sulla prelazione prevede che il socio possa vendere a un terzo solo se ha offerto la partecipazione alle stesse condizioni ai soci. Preliminarmente deve pertanto essere raccolta l’offerta economica di un terzo, che viene poi comunicata ai soci. Nel rapporto con il terzo si può porre un problema di rottura ingiustificata delle trattative qualora non si riveli al terzo che esiste un diritto di prelazione sulla partecipazione e che, pertanto, le trattative possono sfociare in un nulla di fatto se un socio esercita la prelazione alle medesime condizioni economiche.

In linea di principio, le parti sono libere di concludere o di non concludere il contratto che stanno negoziando. Sul punto la Corte di cassazione ha deciso che, nella fase antecedente alla conclusione di un contratto, le parti hanno, in ogni tempo, piena facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di richiedere tutto quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche, future obbligazioni, con

2008, 299 ss.

¹² Per un’analisi di taglio comparato v. E. A. Kramer, *Il recesso dalle trattative: uno schizzo comparatistico*, in *Resp. civ.*, 2011, 246 ss. (traduzione di R. Omodei Salè).

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

conseguente libertà, per ciascuna di esse, di recedere dalle trattative indipendentemente dall'esistenza di un giustificato motivo, con il solo limite del rispetto del principio di buona fede e correttezza, da intendersi, fra l'altro, come dovere d'informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo¹³.

Rimane poi il problema di individuare le tipologie di danno che possono essere chieste alla parte che ha ingiustamente interrotto le trattative. L'art. 1337 c.c. non specifica affatto quali siano i tipi di danno che si possono far valere, ma la distinzione fondamentale appare essere – secondo la disposizione generale (cfr. il combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 c.c.) – quella fra danno emergente e lucro cessante¹⁴.

6. La (non) vincolatività della lettera di intenti

Volendo trasferire questi cenni in materia di responsabilità da interruzione delle trattative alla tematica specifica delle acquisizioni societarie, si deve preliminarmente osservare che la conclusione del contratto di acquisizione è generalmente preceduta da snervanti negoziazioni che possono durare diversi mesi. Tale durata è dovuta, da un lato, all'inevitabile complessità dell'operazione che coinvolge, direttamente, le partecipazioni sociali (azioni o quote), ma – indirettamente – anche tutte le attività e le passività sottostanti. La lunga durata delle trattative può poi dipendere da diversi altri fattori, quali la possibile diffidenza che le parti nutrono reciprocamente oppure da problemi anche solo di tipo linguistico o culturale quando il potenziale venditore e il potenziale acquirente appartengono a Stati diversi.

Di norma, nel caso di negoziazioni complesse come quelle concernenti l'acquisto di partecipazioni sociali, le stesse trattative sono precedute dalla firma di un documento preliminare denominato, in inglese, “*letter of intent*” (oppure “*memorandum of understanding*”). Non è possibile descrivere in via generale il contenuto di siffatti documenti, che varia molto da episodio a episodio. Comunque in linea di approssimazione si può affermare che in tale documentazione, da un lato, si illustrano i tratti essenziali dell'operazione, così come è stata finora prefigurata dai contraenti (i cui dettagli però andranno definiti successivamente). Ma soprattutto, da un altro lato e per i fini che qui interessano, le parti specificano generalmente che il documento non è vincolante e, dunque, non obbliga a giungere alla conclusione di un contratto. Anche laddove non vi fosse tale specificazione, la lettera di intenti si deve comunque presumere come non vincolante.

¹³ Cass., 29 maggio 1998, n. 5297.

¹⁴ Cass., 27 ottobre 2006, n. 23289, in *Contratti*, 2007, 313 ss., con nota di C. Cavajoni, ha deciso che, qualora in prossimità della messa in scena il committente di uno spettacolo receda ingiustificatamente dalle trattative per la conclusione del relativo contratto, il danno subito dagli artisti che abbiano eseguito le attività necessarie per la preparazione della rappresentazione consiste anche nel mancato guadagno per le altre occasioni contrattuali perdute.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

La lettera di intenti non va confusa con il contratto preliminare, il quale obbliga le parti alla conclusione del contratto definitivo. Con il termine “intento”, contenuto nell’espressione “lettera di intenti”, ci si riferisce alla volontà delle parti: tale volontà non è però necessariamente indirizzata alla conclusione di un contratto, bensì – almeno in un primo momento – solo ad approfondire la fattibilità della conclusione di un contratto mediante apposite trattative. L’“intento” delle parti è dunque generalmente solo quello di procedere con le negoziazioni: se, poi, tali trattative riusciranno a soddisfare le diverse aspettative delle parti verrà concluso un contratto. Occorre pertanto indagare quale sia la reale volontà delle parti: in assenza di elementi che fanno propendere per la soluzione diversa, in generale una mera lettera d’intenti deve presumersi come non vincolante, perché tale è – di norma – la volontà delle parti.

Proprio per le difficoltà che possono sussistere nel ricostruire *ex post* la reale volontà delle parti (e a scampo di equivoci), una clausola espressa - contenuta nella lettera di intenti - in cui si specifica che siffatto documento non è vincolante è certamente consigliabile nella prassi¹⁵. In assenza di tale clausola, potrebbero sorgere discussioni fra le parti in merito alla vincolatività degli accordi che pian piano si vanno raggiungendo nel corso delle trattative. Una pattuizione con cui si esclude la vincolatività della lettera di intenti potrebbe anche specificare che le trattative non si intendono vincolanti fino a quando non si giunga alla sottoscrizione del contratto definitivo. In questo modo si evita il pericolo che una delle parti chieda all’altra i danni per ingiustificata rottura delle trattative o, caso ancora più grave, chieda che la lettera di intenti (o la successiva documentazione scambiata fra le parti) venga riconosciuta come contratto definitivo.

Ai potenziali contraenti si può insomma consigliare di non fare eccessivo affidamento sulla circostanza che esiste una giurisprudenza che esclude la vincolatività delle lettere di intenti. Ad esempio il Tribunale di Monza ha qualificato come “minute” o “puntuazioni” i documenti con cui le parti fissano il contenuto di un contratto che intendono stipulare in futuro, ma in ordine al quale si riservano ulteriori margini di trattative (fissando, nel frattempo, quei particolari su cui l’accordo è stato raggiunto) o intendono verificare con certezza la sussistenza di alcuni presupposti di fatto, per le parti stesse imprescindibili o comunque rilevanti¹⁶. L’autorità giudiziaria monzese ha deciso che, in tali casi, manca un impegno vincolante vero e proprio, sicché le parti conservano la libertà di recesso dalle trattative, con il solo limite costituito dalla responsabilità precontrattuale prevista dall’art. 1337 c.c. Secondo tali giudici si ha responsabilità precontrattuale solo se lo svolgimento delle trattative sia stato, per serietà,

¹⁵ Cfr. U. Draetta, *Trattative e loro documentazione*, in AA.VV., *I contratti di acquisizione di società ed azienda*, a cura di U. Draetta e C. Monesi, Milano, 2007, 79 ss.

¹⁶ Trib. Monza, 22 agosto 2007, in *Corr. mer.*, 2008, 299 ss., con nota di G. Gigliotti; in *Giur. mer.*, 2008, 1574 ss., con nota di F. Badolato.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

durata e concludenza, tale da ingenerare in una delle parti un ragionevole affidamento nella stipulazione del contratto. Pur esistendo interventi giurisprudenziali come questo, i potenziali contraenti fanno bene a specificare – quantomeno a titolo prudenziale – che la lettera di intenti non può considerarsi vincolante.

Qualche volta il potenziale venditore concede al potenziale acquirente un periodo (ad esempio di 30 giorni) di trattative in esclusiva. Tale concessione può essere contenuta in un accordo a sé stante (in inglese “*exclusivity agreement*”) oppure essere contenuta in una clausola della lettera di intenti. Una pattuizione del genere, da un lato, rafforza il convincimento reciproco delle parti sulla serietà delle negoziazioni. Ma, soprattutto, tale accordo rileva dal punto di vista civilistico, nel senso che il condurre trattative parallele diventa un comportamento contrario a quanto concordato e come tale inadempimento contrattuale. Nell’ipotesi in cui l’accordo di esclusiva venisse violato da una delle parti, l’altra potrebbe chiedere il risarcimento del danno.

In assenza di un accordo di esclusiva, il rischio di affrontare dei costi – che poi si rivelano inutili - aumenta. Si immagini il caso che la società Alfa (venditrice) stia negoziando con il potenziale compratore Beta e con il potenziale compratore Gamma. Sia Beta che Gamma vanno incontro a tutti i costi che le trattative comportano (in particolare quelli per i professionisti di cui si avvalgono, spese che possono anche essere ingenti) senza avere alcuna certezza di addivenire alla conclusione del contratto. Se il contratto verrà concluso con Beta, Gamma subirà dei danni (nel senso di avere affrontato delle spese che si sono rivelate inutili); se il contratto verrà concluso con Gamma, sarà Beta ad avere subito dei danni. Difficilmente potrà tuttavia essere chiesto un risarcimento al potenziale venditore, salvo per il caso esaminato sopra in cui il venditore abbia creato nella controparte un serio affidamento sull’intenzione di concludere il contratto. La clausola di esclusiva può consentire di evitare questo rischio in capo al venditore, affermando – a scanso di equivoci – che è vietato condurre altre trattative e che l’inosservanza di tale divieto comporta l’obbligo di risarcire il danno che ne deriva.

I potenziali acquirenti, soprattutto nel caso si tratti di investitori finanziari, possono pattuire con il potenziale venditore il rimborso delle spese effettuate (*cost coverage*) nel caso non si giunga alla conclusione del contratto di acquisizione. Una clausola del genere, in sostanza, è come se predeterminasse l’obbligo di risarcimento del danno da interruzione ingiustificata delle trattative. Naturalmente non è detto che il venditore sia disponibile ad accettare una pattuizione del genere, ma – certamente – nel caso lo faccia dimostra la sua volontà di negoziare seriamente verso la conclusione del contratto.

Si è già accennato sopra al fatto che, in questa fase preliminare dei procedimenti di acquisizione, vengono normalmente firmati anche degli accordi sulla conservazione della riservatezza delle informazioni scambiate fra le parti. A seconda dei casi si può trattare di un accordo separato (avente a oggetto solo il tema della segretezza) oppure di

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

una clausola inserita nel contesto, più ampio, della lettera di intenti: non esiste una prassi uniforme in materia. In linea di principio è comunque opportuno separare tali documenti, in quanto l'accordo di riservatezza è vincolante per le parti (anche dopo che cessano le trattative), mentre la lettera di intenti generalmente non può reputarsi vincolante¹⁷. Nel caso venisse predisposto un unico testo contrattuale è opportuno specificare che il testo non è vincolante, salvo che per la clausola sulla riservatezza.

7. L'interruzione delle trattative nelle acquisizioni societarie

Una volta firmata la documentazione preliminare di cui si siamo occupati nel paragrafo precedente, le parti avviano trattative più concrete, generalmente consistenti nello scambio di bozze contrattuali. Una delle parti predispone la prima bozza, che viene poi inviata alla controparte: generalmente ciascuna parte preferisce predisporre tale prima versione, che sarà chiaramente posta del tutto in favore di chi la ha predisposta.

La controparte, ricevuta la prima bozza, apporta le modifiche che ritiene necessarie e/o opportune. Tali desideri di variazione possono essere comunicati alla prima parte sotto forma di elencazione oppure essere inseriti direttamente nel testo contrattuale, di cui viene allora predisposta una bozza modificata, che viene restituita alla prima parte.

Laddove le diversità di visioni sul contenuto del contratto di acquisizione siano particolarmente rilevanti, le parti hanno necessità di incontrarsi per discutere di persona i punti controversi. Successivamente vengono fatte circolare nuove bozze, che riflettono progressivamente lo stato degli accordi intercorsi.

La complessità delle acquisizioni societarie implica che, di norma, fra le parti vengano scambiate per lungo tempo bozze contrattuali in versioni sempre aggiornate che, progressivamente, riflettono sempre meglio la reale volontà complessiva dei contraenti. Anche se le parti non lo specificano nelle reciproche comunicazioni (oppure nella lettera di intenti), si deve ritenere che – almeno fintantoché non ci si avvicina a un accordo completo su tutti gli aspetti essenziali del contratto - tali bozze non possano reputarsi definitive e avere valore vincolante per i contraenti. Questo vale, ovviamente e in particolar modo, per la prima bozza di contratto.

Formalmente la prima bozza di contratto può considerarsi come una proposta in senso tecnico, secondo quanto dispone l'art. 1326 c.c. In ipotesi, la controparte potrebbe accettare immediatamente tale proposta, pervenendosi così alla conclusione del contratto, atteso che – secondo la legge – “il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte” (art. 1326, comma 1, c.c.). Nella prassi è rarissimo che ciò avvenga, non fosse altro perché la prima bozza è generalmente predisposta a tutto vantaggio della parte che l'ha scritta – e non

¹⁷ G De Nova, *op. cit.*, 63.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

viene pertanto accettata dalla controparte - e serve solo come base per le successive discussioni. A ciò si aggiunga che difficilmente la prima bozza contiene tutti gli elementi essenziali del contratto che si va a concludere, cosicché è difficile ritenere che le parti abbiano già voluto raggiungere un accordo definitivo in merito.

In definitiva si tratta di ricostruire la volontà delle parti: se esse volessero o meno già vincolarsi quantomeno con riferimento ai punti che sono stati oggetto di trattativa. Nella prassi la ricostruzione della esatta volontà delle parti può risultare particolarmente difficile: di qui la necessità di specificare sia nella lettera di intenti sia in sede di scambio di bozze contrattuali che tale documentazione non può reputarsi vincolante.

La Corte di cassazione ha stabilito che l'avvenuto perfezionarsi di intese su alcuni punti dello stipulando contratto o gli eventuali accordi parziali, per il loro carattere provvisorio e la loro efficacia subordinata all'esito positivo delle trattative, non esulano dall'ambito della fase precontrattuale, e non provano certo la conclusione di un contratto¹⁸. Applicando questo principio al contesto delle acquisizioni societarie, un accordo potrà reputarsi raggiunto – al più presto - solo quando la bozza è stata ampiamente affinata mediante lo scambio fra le parti.

Sotto il profilo della tecnica contrattuale, si ribadisce che è comunque opportuno – a scanso di equivoci - specificare che le bozze inviate non devono ritenersi vincolanti. Tale risultato può essere raggiunto una volta per tutte, affermando già nella lettera di intenti che le trattative fra le parti non possono reputarsi vincolanti fino al raggiungimento di un accordo definitivo oppure ripetendo di volta in volta che le bozze inviate non possono ritenersi vincolanti.

A queste condizioni (quando vi è chiarezza sulla non vincolatività delle trattative e delle bozze contrattuali che ne costituiscono l'espressione scritta) i margini per affermare la responsabilità della controparte per interruzione ingiustificata dalla trattative sono residuali: si può pensare all'ipotesi in cui tutti i testi contrattuali sono stati definitivamente predisposti e una delle parti non si presenta – senza motivo - alla firma del contratto. Più le trattative si trovano in una fase preliminare, più è difficile affermare una responsabilità da interruzione delle negoziazioni. Del resto bisogna osservare che, secondo le comuni regole civilistiche (art. 1328 c.c.), la proposta (e perfino l'accettazione) possono – a certe condizioni – essere revocate.

Nei casi residuali in cui l'interruzione delle trattative può reputarsi come contraria a buona fede, bisogna stabilire quale sia il rimedio di cui dispone la controparte. Abbiamo già detto sopra come l'art. 1337 c.c. non specifichi quale sia la sanzione a disposizione della parte interessata nel caso la controparte violi il canone di buona fede nelle trattative. Si deve tuttavia ritenere che la conseguenza di tale comportamento sia l'obbligo di risarcire il danno che ne deriva.

¹⁸ Cass., 14 giugno 1999, n. 5830.

STUDI E OPINIONI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI E RESPONSABILITÀ CIVILE

Con riferimento ai danni che una parte può far valere per il recesso ingiustificato dalle trattative nel contesto delle acquisizioni societarie, si può distinguere - secondo la regola generale (art. 1223 c.c.) - fra “perdita subita” e “mancato guadagno”. Secondo la Corte di cassazione, in caso di ingiustificato recesso dalle trattative, essendosi verificata la lesione dell’interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile (liquidabile anche in via equitativa) è quello consistente nelle perdite che sono derivate dall’aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute¹⁹.

Con riferimento al danno emergente, il problema pratico è che nelle acquisizioni sia il venditore sia l’acquirente si avvalgono generalmente di consulenti, le cui prestazioni possono risultare particolarmente onerose. I consulenti che, con più frequenza, intervengono in queste operazioni sono i consulenti finanziari (normalmente denominati, con espressione inglese, *advisors*), i consulenti legali (che hanno il compito di identificare i rischi legali connessi all’operazione societaria nonché di negoziare i contratti) e i revisori legali (per le verifiche sui bilanci della società nonché per la predisposizione di bilanci intermedi, laddove l’operazione preveda la predisposizione di tali bilanci intermedi). Può pertanto capitare che una parte, a fronte di un’interruzione ingiustificata delle trattative, chieda all’altra di pagare gli onorari dovuti ai propri consulenti.

Con riferimento al lucro cessante, il pericolo per ciascuna parte è che l’altra parte affermi che, a causa delle lunghe trattative, ha dovuto rinunciare ad altre negoziazioni e ciò ha determinato la perdita di opportunità che sarebbero state altrimenti sfruttate. Sul punto si deve distinguere fra la posizione del venditore e quella dell’acquirente. Per quanto concerne il potenziale venditore, la possibilità è quella che vi siano due (o addirittura più di due) soggetti interessati all’acquisto. A causa, tuttavia, delle titubanze del primo potenziale acquirente, sfuma la possibilità di negoziare con il secondo potenziale acquirente. Per quanto riguarda il potenziale acquirente, il recesso ingiustificato dalle trattative da parte del venditore presenta – specularmente - i medesimi profili di criticità che si sono appena illustrati. Il rischio è quello che il compratore, seguendo le trattative con il potenziale venditore, rinunci a trattative relative a un’altra partecipazione che – successivamente – non è più sul mercato. Inoltre l’acquirente compra una partecipazione in quanto pensa di ricavare un’utilità dalla medesima, generalmente sotto forma di sinergie: il compratore già possiede una certa attività e, unendola a quella acquistata, riesce a ottenere maggiori guadagni. Questa possibilità sfuma nel caso in cui le trattative si interrompano per fatto imputabile alla controparte.

¹⁹ Cass., 30 agosto 1995, n. 9157.

PROBLEMI DELLA PRASSI

LA RELAZIONE DI STIMA NELL'AMBITO DELLA TRASFORMAZIONE

L'Autrice esamina la funzione, il contenuto e le modalità di redazione della relazione di stima nell'ipotesi di trasformazione da società di persone in società di capitali.

di ALESSANDRA BONFANTE

1. La trasformazione da società di persone in società di capitali presenta profili di rischio per i creditori (e terzi) poiché il regime di responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali, da illimitato, diviene limitato. Il patrimonio netto della società risultante rappresenterà così l'unica garanzia loro offerta; da qui la necessità che il suo valore sia certo ed effettivo.

L'esigenza di tutelare i creditori era già stata avvertita in precedenza, tant'è che il previgente art. 2498 c.c. richiedeva la redazione di una perizia volta a determinare l'ammontare del "*patrimonio sociale*" della società risultante dalla trasformazione. La norma taceva tuttavia sulla funzione della relazione e si erano così affermate due correnti di pensiero: secondo l'orientamento prevalente, il perito doveva attestare la correttezza e la congruità dei valori contabili attribuiti agli elementi patrimoniali. La seconda corrente di pensiero attribuiva alla perizia di stima la funzione di accertare il valore effettivo del patrimonio, ammettendo così la possibilità di adottare i valori determinati dal perito ai fini della quantificazione del capitale netto di trasformazione, anche nell'eventualità in cui risultassero superiori.

Oggi l'art. 2500 *ter* comma 2° c.c. richiede che "*il capitale della società risultante dalla trasformazione deve essere determinato sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da apposita relazione di stima..*". La norma è certamente diretta ad accertare il valore delle attività e delle passività della società di persone di partenza, poiché, come noto, nelle società personali la quantificazione del capitale sociale e la sua effettiva esistenza sono rimesse all'autodeterminazione dei soci (sicché non esistono vincoli di legge che ne stabiliscano un ammontare minimo e che lo rendano in tutto o in parte indisponibile).

PROBLEMI DELLA PRASSI

TRASFORMAZIONE: RELAZIONE DI STIMA

La nuova formulazione della disposizione, ed in particolare l'uso dell'espressione "valori attuali", si presta tuttavia facilmente ad interpretazioni contrastanti in merito al criterio da seguire per la valutazione del patrimonio netto di trasformazione.

La relazione di stima non è comunque mai rinunciabile ed è necessaria anche nell'eventualità in cui l'intero patrimonio della società sia rappresentato da denaro. Va infine osservato che la prassi notarile ha individuato nel termine di centoventi giorni il periodo massimo che deve intercorrere tra la data di riferimento della relazione giurata di stima e la data di redazione della medesima.

2. Laddove i soci di una società di persone decidano di proseguire l'attività adottando la forma di società per azioni, la relazione di stima, richiesta dall'art. 2500 *ter* c.c., deve essere redatta sulla base di quanto disposto dall'art. 2343 c.c. Trattandosi di società potenzialmente destinata a rivolgersi al mercato per reperire capitale, la disciplina della valutazione dei conferimenti è più rigorosa rispetto a quella prevista per la società a responsabilità limitata. Ciò considerato, al fine di assicurare ai terzi il maggior grado di trasparenza ed indipendenza dei soggetti che operano con la società, l'art. 2343 c.c. prevede che la nomina dell'esperto, su istanza del legale rappresentante della società, compete al Tribunale nel cui circondario è stabilita la sede sociale.

Il primo comma dell'art. 2343 c.c., nel descrivere il contenuto minimo della perizia, richiede che la relazione contenga la descrizione dei beni e dei crediti oggetto di conferimento. Nell'ambito della trasformazione, la norma deve essere letta nel senso che la stima avrà ad oggetto non solo le attività, bensì anche le passività, di modo da determinare l'ammontare del patrimonio netto della società. A tal fine, l'esperto deve individuare "tutti gli elementi del patrimonio sociale suscettibili di valutazione economica, quanto meno con un grado di approssimazione ragionevolmente attendibile (e, quindi, iscrivibili nel bilancio dell'esercizio), e di attribuire agli stessi il relativo valore "attuale" [...] il valore, cioè, determinato sulla base di correnti parametri di mercato riferibili ai singoli oggetti considerati" (Cetra).

La dottrina si è divisa sulla circostanza che il bilancio di apertura debba recepire i valori desumibili dalla relazione di stima. Secondo una prima tesi, considerato che la perizia deve determinare il valore del capitale della società risultante dalla trasformazione, la relazione non dovrà necessariamente essere assunta come "fondamento" del bilancio di apertura. A diversa conclusione si giunge ove si ritenga che l'art. 2500 *ter* c.c. imponga l'obbligo di accogliere in contabilità i valori di stima, sicché la perizia sarebbe funzionale alla predisposizione del bilancio straordinario di trasformazione, inteso quale bilancio di apertura.

Va infine osservato che la norma in commento non riproduce quanto previsto dall'art. 2343 c.c. concernente l'obbligo del perito di attestare che "il valore dei beni e dei crediti è almeno pari a quello ad esso attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale". L'art. 2500 *ter* c.c. non richiede infatti un'attestazione *ex lege*. E'

PROBLEMI DELLA PRASSI

TRASFORMAZIONE: RELAZIONE DI STIMA

stato dunque osservato che *“il valutatore può sia limitarsi ad esprimere i valori analitici correnti, al fine di verificare la congruità di quelli contabili, sia spingersi al punto di stimare anche la misura dell'avviamento. Partendo da tali premesse, nel tentativo di definire il limite contenutistico della perizia e, quindi, anche dell'operato dello stimatore si potrebbe mutare quanto, in parte previsto [dall'art. 2343] in occasione dei conferimenti in natura, articolo al quale lo stesso legislatore fa rinvio nel 2500 ter c.c. Segnatamente, nell'ottenere l'incarico, il valutatore può richiedere alla società di farsi delimitare il proprio ambito operativo mediante la formulazione, in perizia, della seguente attestazione: <<il valore della società è almeno pari (oppure non inferiore) al capitale sociale derivante dalla trasformazione>>”* (Fondazione Aristeia).

3. La dottrina si è interrogata in merito al significato da attribuire all'espressione *“valore attuale”* cui il legislatore ha inteso riferirsi, delineando tre possibili definizioni.

Secondo una prima accezione, il valore attuale dovrebbe determinarsi applicando un processo di attualizzazione di valori o di flussi finanziari futuri; tale criterio non consente tuttavia di esprimere un ammontare certo, data l'aleatorietà legata alla scelta dei tassi di attualizzazione ma soprattutto dei flussi finanziari attesi. Il valore così determinato risulterebbe dunque inconciliabile con i principi della prudenza e della realizzazione che il perito deve osservare nella determinazione del patrimonio netto di trasformazione.

Un secondo criterio consiste nel mero adeguamento delle voci, mediante rettifiche ed accantonamenti, al valore che esse potrebbero conseguire a seguito di accadimenti verificatisi dopo la chiusura della trasformazione. Anche questo metodo si rivela inadatto in quanto troppo riduttivo rispetto alla portata dell'art. 2500 *ter* c.c., il quale, implicitamente, già richiede tale valutazione al perito. *“In altri termini, un adeguamento a valori contabili delle poste di bilancio, nel rispetto dei criteri di valutazione dell'art. 2426, sarebbe comunque scontata nell'attività richiesta all'esperto, incaricato, come minimo, della ricognizione del capitale esistente sulla base dei criteri di redazione del bilancio alla data della trasformazione, e dunque in piena continuità rispetto ai criteri adottati fino a quel momento”* (Mosca).

L'espressione *“valore attuale”* dovrebbe dunque essere interpretata nel senso di *“valore corrente”*, da contrapporre ai costi storici di iscrizione nel bilancio della società di persone. Benchè tale criterio sia stato in un primo tempo osteggiato, presenta il vantaggio di consentire una valutazione del patrimonio della società tenendo conto del valore alla data dell'operazione dei beni che compongono le attività patrimoniali della società. Peraltro siffatta interpretazione si rivela utile nel consentire la trasformazione pur in presenza di beni i cui valori storici, in quanto parzialmente o interamente ammortizzati, non consentono alla società di raggiungere l'ammontare del capitale minimo della società risultante se non a seguito di nuovi conferimenti. Si pensi in

PROBLEMI DELLA PRASSI

TRASFORMAZIONE: RELAZIONE DI STIMA

proposito, ad una società che ha iscritto in bilancio un immobile quasi totalmente ammortizzato, considerandone il valore corrente, inteso come costo di acquisto sul mercato, il capitale post trasformazione risulta certamente più elevato rispetto al patrimonio netto contabile.

4. La relazione deve essere depositata insieme all'atto di trasformazione e, in conformità di quanto prescritto dall'art. 2343 comma 3° c.c., nel termine di centottanta giorni dal compimento della pubblicità di cui all'art. 2500 comma 2° c.c., gli amministratori devono procedere al controllo delle valutazioni contenute nella perizia e, se sussistono fondati motivi, procedere ad una revisione delle stesse.

L'art. 2343 c.c. stabilisce che, fino a quando gli amministratori non hanno verificato le valutazioni effettuate dal perito, le azioni corrispondenti ai conferimenti in natura sono inalienabili e devono rimanere depositate presso la sede sociale. Nell'ambito della trasformazione, la norma deve essere applicata con riferimento a tutte le azioni della società risultante dall'operazione; oggetto della perizia è infatti l'intero patrimonio della società di persone trasformanda.

L'art. 2500 *ter* c.c. richiama, in quanto compatibile, il quarto comma dell'art. 2343, c.c., il quale indica le possibili soluzioni da adottare laddove il valore dei beni in natura e dei crediti risultasse inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento. La norma riconosce ai soci la facoltà di decidere di ridurre in proporzione il capitale sociale, mediante annullamento delle azioni corrispondenti, ovvero di versare l'importo pari alla differenza riscontrata.

La disposizione concede infine al socio o ai soci, i cui conferimenti presentino tale differenza di valore, il diritto di recesso con conseguente restituzione di quanto da lui o da loro apportato. In questa eventualità, l'art. 2343 comma 4° c.c. ammette, se previsto dallo statuto, che i soci possano derogare al principio di proporzionalità fra l'ammontare di quanto apportato e la percentuale di partecipazione al capitale sociale.

Nell'ottica della trasformazione, la regola esposta deve essere interpretata non con riferimento ai singoli conferimenti, bensì considerando l'intero patrimonio sociale; da qui la precisazione che la regola si applica "*in quanto compatibile*". Ne deriva dunque che, laddove gli amministratori rilevino che il valore del patrimonio netto di trasformazione determinato dal perito sia inferiore di oltre un quinto a quello di bilancio, tutti i soci dovranno provvedere a versare la differenza in denaro ovvero ridurre il capitale come pocanzi indicato. La prima possibilità è sicuramente preferibile poiché evita di porre in essere la procedura di riduzione del capitale sociale di cui all'art. 2445 c.c. Si presume peraltro che i soci provvedano ai rispettivi versamenti in proporzione alla percentuale di partecipazione al capitale ad essi assegnata ai sensi dell'art. 2500 *quater* c.c. Sul punto si ritengono tuttavia ammissibili due ulteriori soluzioni:

PROBLEMI DELLA PRASSI

TRASFORMAZIONE: RELAZIONE DI STIMA

- considerata la possibilità di derogare al principio di proporzionalità fra conferimento effettuato e quota di partecipazione e previo consenso unanime, è possibile concedere a taluni soci la facoltà di non effettuare versamenti o di versare in modo meno che proporzionale, pur mantenendo intatta la propria percentuale di partecipazione al capitale sociale; il dovuto sarà versato dagli altri soci i quali accettano di non aumentare in modo corrispondente la propria percentuale di partecipazione al capitale sociale;

- i soci procedono a modificare l'assetto delle partecipazioni mediante riduzione della partecipazione di coloro che non effettuano il versamento o lo effettuano solo in parte ed aumentando in maniera corrispondente le partecipazioni dei soci che versano quanto dovuto per reintegrare la differenza riscontrata.

Per contro, non si reputa applicabile l'ipotesi del recesso, considerato che il patrimonio fa capo a tutti i soci e pertanto non è possibile individuare un collegamento fra il bene o i beni il cui valore è inferiore al dichiarato e i soci. Si è inoltre sostenuto che la disapplicazione della norma deriva dal fatto che la facoltà del recesso ai soci è già stata consumata quando hanno deliberato la trasformazione accettando così tutti gli oneri che da essa possono derivare, ivi compreso quello legato alla necessità di versare la differenza in denaro, nel caso in cui il patrimonio netto risulti insufficiente a coprire il capitale sociale.

5. Nell'eventualità in cui il valore del patrimonio netto di trasformazione sia superiore all'importo di centoventimila euro, l'eccedenza potrà essere imputata a riserva. Nessun pregiudizio sorge infatti nei confronti dei creditori sociali dalla ripartizione del patrimonio netto di trasformazione fra capitale e riserve.

Non del tutto chiare sono la natura di tale riserva e le possibilità di utilizzo/distribuzione. Considerato tuttavia che, nella fattispecie di trasformazione in esame, i creditori decidono se liberare i soci da responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali anteriori sulla base dell'adeguatezza del patrimonio risultante dall'operazione a soddisfare i loro crediti, è consigliabile vincolare l'eccedenza a riserva non distribuibile.

Peraltro, nel decidere come ripartire il patrimonio netto fra capitale e riserve, occorre tenere in considerazione eventuali richieste di liquidazione della quota da parte di soci che hanno esercitato il diritto di recesso di cui all'art. 2500 *ter* comma 1° c.c. Ciò eviterà di procedere ad una riduzione del capitale sociale per reperire i fondi necessari per corrispondere al socio quanto dovuto.

6. Le considerazioni pocanzi esposte in relazione alla trasformazione da società di persone in società per azioni risultano, seppur con alcune lievi differenze, oggi estendibili anche al caso in cui l'ente risultante sia una società a responsabilità limitata.

PROBLEMI DELLA PRASSI

TRASFORMAZIONE: RELAZIONE DI STIMA

Le diversità sono le medesime che si riscontrano in sede di costituzione in relazione ai conferimenti di beni in natura e di crediti. *In primis*, la nomina dell'esperto compete alla società e non al tribunale. I soci sono dunque chiamati a scegliere il perito, persona fisica o società, fra gli iscritti nel registro dei revisori contabili tenuto presso il Ministero della Giustizia ovvero fra le società di revisione iscritte nell'albo speciale della Consob. Nondimeno, l'art. 2465 c.c., non ripropone più per la società a responsabilità limitata l'obbligo di verifica dei valori di perizia da parte degli amministratori: conseguentemente, non sono previsti i rimedi prescritti dall'art. 2343 c.c., laddove si rilevi un minusvalore rispetto ai valori contabili.

Pur non essendo stato riprodotto nell'art. 2465 c.c., si ritiene applicabile il secondo comma dell'art. 2343 c.c., che attiene alla responsabilità del perito per i danni verificatesi nei confronti della società, soci o terzi.

Una peculiarità della trasformazione da società di persone in società a responsabilità limitata attiene alla presenza di soci d'opera. Come noto, la riforma del 2003 ha ammesso che i conferimenti possono avere per oggetto opera o servizi. Ne consegue che, laddove nella compagine sociale della società di persone trasformanda siano presenti soci d'opera, costoro potranno mantenere il proprio *status* anche a conclusione dell'operazione. Occorre tuttavia considerare che nelle società di persone, l'apporto del socio d'opera non è necessariamente imputato a capitale, tant'è che l'art. 2263 comma 2° c.c., detta i criteri per stabilire la parte dei guadagni e delle perdite spettanti a tale socio. In sede di trasformazione l'apporto deve necessariamente essere iscritto a capitale della società a responsabilità limitata risultante; al pari di tutti i conferimenti non rappresentati dal denaro, la valutazione attribuita al conferimento d'opera dovrebbe perciò essere oggetto di perizia.

La questione, seppur con riferimento alla costituzione di una società a responsabilità limitata, è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina; si ritiene che le medesime considerazioni, qui di seguito riportate, risultino applicabili anche in sede di trasformazione.

Esaminando il dato letterale dell'art. 2465 c.c., è immediato osservare che il legislatore si rivolge in via esclusiva ai "*beni in natura e crediti*", non considerando i conferimenti d'opera; da qui la tesi negativa in merito all'obbligo di sottoporre a valutazione peritale tali apporti. A sostegno di essa, rileva il fatto che il legislatore richiede la presentazione di una polizza assicurativa o di una fideiussione bancaria a copertura dell'eventuale inadempimento del socio; talché l'effettiva esistenza della quota di capitale ad esso corrispondente sarebbe in ogni caso garantita.

Si obietta però che il conferimento non è rappresentato dalle garanzie apportate, bensì dall'attività del socio. Ed è proprio il valore di quest'ultima che deve essere quantificato dagli amministratori e soggetto a perizia di modo da salvaguardare gli interessi dei terzi.

PROBLEMI DELLA PRASSI

TRASFORMAZIONE: RELAZIONE DI STIMA

Inoltre, la *ratio* della disposizione consiste nel garantire l'effettività del capitale eliminando ogni rischio di sopravvalutazione, si ritiene pertanto necessario sottoporre a perizia anche gli apporti in termini di opera e di servizi. In questo senso si era espresso anche il Consiglio Notarile di Milano che nelle recenti massime di commento alla riforma societaria aveva affermato: *“In caso di conferimenti d'opera nella S.r.l., così come per ogni altro conferimento diverso dal denaro, è necessaria la relazione giurata di stima ai sensi dell'art. 2465 c.c.*

L'attestazione della relazione di stima deve in tal caso deve riferirsi all'intero valore della prestazione d'opera o di servizi dovuta dal socio conferente, la quale deve pertanto essere o circoscritta per sua natura (ad es. l'appalto d'opera per la costruzione di un determinato bene) o limitata ad un periodo temporale determinato o quanto meno determinabile, non essendo altrimenti possibile capitalizzare il valore di prestazioni di ampiezza o durata indeterminabile...”.

7. Alla luce delle considerazioni sinora esposte, emerge che la perizia ha funzione di tipo ricognitivo/estimativo e la società è obbligata a recepire i minusvalori emersi dalla perizia, mentre la trasmigrazione dei maggiori valori rappresenta una mera possibilità. Ciò detto, sussistono ancora delle questioni irrisolte: l'art. 2500 *ter* c.c. non precisa se il recepimento dei valori peritali compete alla società trasformanda ovvero a quella risultante e non indica puntualmente il criterio di valutazione da adottare.

Con riferimento alla prima questione, è stato osservato che *“sotto il profilo contabile, non emergono conseguenze di rilievo, poiché tali componenti concorrono (indirettamente) a formare il risultato dell'intero esercizio, a prescindere dall'avvenuta modifica della veste giuridica della società”* (Fondazione Aristeia).

Per quel che concerne l'individuazione del metodo di valutazione che il perito deve applicare, è stato rilevato che, occorrendo determinare il patrimonio *“sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo”*, il legislatore vincola, in un certo senso, l'esperto nella scelta del criterio di valutazione da adottare. La dottrina aziendalistica ha rinvenuto nel metodo patrimoniale semplice quello cui far riferimento, in quanto *“l'attività dell'esperto deve indirizzarsi ed appurare la fondatezza dei valori dei singoli elementi patrimoniali, piuttosto che la stima del valore dell'azienda (intesa quale sistema unitario) con esplicitazione dell'avviamento”* (Fondazione Aristeia).

Il perito sostituirà, dunque, ai valori contabili, quelli correnti e la somma algebrica di valori così determinati costituirà la misura del patrimonio netto rettificato.

Si ritiene peraltro che, affinché l'esperto possa determinare in modo preciso il valore dell'azienda deve prendere in considerazione non solo i beni dell'impresa, bensì anche il contesto effettivo in cui essa opera. È stato infatti osservato che: *“Soltanto una buona comprensione delle complesse relazioni che sono alla base dell'azienda permetteranno di esprimerne un giudizio. La definizione e descrizione del contesto, nonché l'identificazione dei punti di forza e di debolezza dell'intera organizzazione*

PROBLEMI DELLA PRASSI

TRASFORMAZIONE: RELAZIONE DI STIMA

permetteranno al perito di stabilire i confini entro i quali considerare vere le proprie affermazioni” (Calice).

L’analisi condotta dall’esperto dovrebbe così implicare:

- la verifica dell’attendibilità del sistema contabile, nonché della regolare tenuta della contabilità;

- la stima analitica degli elementi patrimoniali considerando le singole aree di bilancio e ponendo particolare attenzione alle disponibilità liquide, ai crediti, commerciali e non, alle rimanenze, alle immobilizzazioni, al patrimonio netto, ai fondi per rischi e oneri, ai conti del personale ed ai debiti.

Conclusosi il processo di revisione delle scritture contabili, occorre effettuare un’analisi prospettica dell’evoluzione dell’impresa, considerando anche il passato. E’ necessario costruire un modello reddituale di previsione di modo da poter stimare l’utile medio atteso futuro.

8. Con riferimento alle immobilizzazioni immateriali, l’esperto deve decidere se mantenere o “*stralciare*” i costi pluriennali quali i costi di impianto e di ampliamento e i costi di pubblicità.

In relazione ai costi di ricerca e di sviluppo, occorre valutare la possibilità che tali oneri si concretizzino in un brevetto, un processo o simili.

In questa fase valutativa, l’avviamento, ancorché derivante dall’acquisto di un’azienda o di un ramo di azienda, non deve essere oggetto di attenzione da parte del perito.

Per quanto riguarda i marchi, il valore potrebbe risultare dal confronto dei costi sostenuti per la realizzazione interna rispetto al valore commerciale del segno distintivo, potendosi privilegiare questa seconda interpretazione se più rappresentativa ai fini dell’individuazione del valore attuale.

Senza alcun dubbio devono essere oggetto di stima peritale immobilizzazioni quali i brevetti, le formule, le tecnologie, i marchi, i *copyright*, il *software*, e i diritti d’autore. Il metodo di valutazione sarà quello del costo di riproduzione, dato che la finalità della relazione di stima è la determinazione di un valore affidabile dell’immobilizzazione considerata piuttosto che di un valore puntuale.

Per quanto riguarda le immobilizzazioni materiali, il valore dovrà essere determinato considerando il costo di sostituzione sul mercato di riferimento o, in alternativa, il costo di riproduzione.

Laddove la società abbia iscritto in bilancio immobili civili posseduti a titolo di investimento, l’individuazione del loro valore dovrà avvenire considerando il valore di mercato. Nell’ipotesi in cui tali immobili siano destinati alla rivendita, occorre distinguere:

- Se sono venduti nel medesimo stato in cui sono stati acquistati, il valore corrispondente sarà quello di mercato;

PROBLEMI DELLA PRASSI

TRASFORMAZIONE: RELAZIONE DI STIMA

- Se sono stati oggetto di una ristrutturazione, il valore sarà determinato considerando l'incremento di valore dovuto a tali lavori.

Ai fini della valutazione delle partecipazioni, si deve considerare l'ente emittente. Laddove la partecipazione sia stata emessa da società quotate, occorre considerare il valore di mercato. Se invece sia stata emessa da società non quotate e detenute a titolo di investimento, assume rilevanza il valore dell'azienda contenuta nelle società partecipate e pertanto si potrebbe ricorrere a metodi reddituali o basati sui multipli di società.

La determinazione del valore delle giacenze di magazzino deve essere effettuata distinguendo fra aziende commerciali e aziende industriali. Nel primo caso, si utilizza il criterio del costo di acquisizione e del valore corrente. Per le merci obsolete o invendibili, il valore è quantificato in relazione alla possibilità di eventuali realizzi a *stock*, oppure si procede allo stralcio. Per le aziende industriali, le medesime considerazioni sopra evidenziate valgono con riferimento alle giacenze di materie prime, semilavorati e prodotti finiti.

La dottrina si è mostrata tuttavia restia ad utilizzare, quale criterio alternativo a quello del costo, il valore del riacquisto sul mercato. Operando in questo senso, si corre il rischio di iscriverne in bilancio utili anticipati e, non realizzati, con tutti i rischi che ne conseguono. Il valore da considerare dovrebbe dunque essere identificato con il costo di "riproduzione" interno sostenuto dall'impresa.

Per quanto riguarda i crediti, la lettera della norma non deve essere interpretata nel senso di ricorrere a metodi finanziari e attuariali per la determinazione del valore attuale; il perito è infatti chiamato a valutarne l'esigibilità, senza ricorrere ad alcun metodo di attualizzazione.

Con riferimento alle passività, l'esperto deve verificare l'assenza di un rischio di sottovalutazione del passivo.

La stima deve essere effettuata considerando anche il peso della fiscalità differita, ovverosia dei carichi fiscali legati alle potenziali plusvalenze e minusvalenze individuate dalla perizia. Le imposte differite e anticipate devono così essere conteggiate considerando le aliquote in vigore o certe per gli anni futuri. Nel calcolo si deve tenere conto anche della fiscalità differita legata alle perdite pregresse, a condizione che esista un *business plan* che consenta di prevederne il recupero con ragionevole certezza.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

CNDCEC E ACRI

Il controllo indipendente nelle Fondazioni di origine bancaria – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e l'Associazione di Fondazioni e di Casse di Risparmio Spa hanno emanato le linee guida in tema di controlli indipendenti nelle Fondazioni di origine bancaria, al fine di “*fornire le best practice del settore con l'intento di supportare e valorizzare i controlli nelle FOB*”.

Il documento, dopo una preliminare descrizione della *governance* delle Fondazioni di origine bancaria, si sofferma sulle funzioni dell'organo di controllo interno e sull'attività da questo svolta.

Il testo delle linee guida, pubblicato il 26 settembre 2011, sarà disponibile sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

GIURISPRUDENZA

Cessione di quote sociali e divieto di concorrenza ex art. 2557 c.c. – La Corte di Cassazione, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto la cessione di una quota del 40% di una società in nome collettivo, ha ribadito che “*non è esclusa l'estensione analogica del citato art. 2557 cod. civ. all'ipotesi di cessione di quote di partecipazione*” laddove “*il giudice del merito, con un'indagine che tenga conto di tutte le circostanze e le peculiarità del caso concreto, accerti che tale cessione abbia realizzato un "caso simile" all'alienazione d'azienda, producendo sostanzialmente la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'azienda*”, circostanze, queste, non verificatesi nel caso di specie.

Corte di Cassazione, 23 settembre 2011, n. 19430.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Società di revisione e D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – Le Sezioni Unite penali si sono pronunciate circa la responsabilità amministrativa della società di revisione per i reati di falsità nelle proprie relazioni o comunicazioni, dichiarandone l'inammissibilità.

Il pubblico ministero, nelle vicende oggetto di procedimento penale, aveva individuato la norma violata nell'art. 174 *bis* del T.U.F., essendo la società sottoposta a revisione un istituto di credito quotato e non la corrispondente disposizione civilistica dell'art. 2624, abrogata dal D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.

Le Sezioni Unite, al termine di un puntuale *excursus* normativo, pur constatando “*l'indubbio alleggerimento della tutela para-penale nell'ambito della revisione contabile*” a seguito della recente riforma, hanno emanato il seguente principio di diritto: “*il D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, nell'abrogare e riformulare il contenuto precettivo dell'art. 174 bis T.U.F. (Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione), non ha influenzato in alcun modo la disciplina propria della responsabilità amministrativa da reato dettata dall'art. 25 ter D. Lgs. n. 231 del 2001, poiché le relative fattispecie non sono richiamate da questo testo normativo e non possono conseguentemente costituire fondamento di siffatta responsabilità*”.

Corte di Cassazione penale, SS.UU., 22 settembre 2011, n. 34476.

Bancarotta documentale ed elemento soggettivo – La Corte di Cassazione ha precisato come il discrimine tra il reato di bancarotta fraudolenta documentale ed il reato di bancarotta semplice documentale sia individuabile non tanto nell'elemento oggettivo, “*dal momento che entrambe le fattispecie puniscono sia la condotta di omessa tenuta dei libri sociali, che quella di irregolare tenuta degli stessi*”, quanto nell'elemento soggettivo, “*che, nel primo caso, viene individuato nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà della irregolare tenuta delle scritture, con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore e, nel secondo caso, dal dolo o, indifferentemente, dalla colpa, che sono ravvisabili quando l'agente ometta, rispettivamente, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture*”.

Corte di Cassazione penale, 26 settembre 2011, n. 34839.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Ritenute alla fonte - Dal 1° gennaio 2012 entrerà in vigore un'unica aliquota fissata nella misura del 20% per le ritenute e le imposte sostitutive applicabili alle persone fisiche, gli enti non commerciali, le società semplici e i trust sui redditi di capitale di cui all'art. 44 TUIR e sui redditi diversi di natura finanziaria di cui all'art. 67, comma 1, lettere da c-bis a c-quinquies, TUIR. Prima della novella legislativa, la maggior parte delle ritenute e imposte sostitutive sui redditi di capitale e sulle plusvalenze era applicabile nella misura del 12,5%. Solo la tassazione sugli interessi dei conti correnti bancari e postali, dei depositi di risparmio e dei certificati di deposito subisce una riduzione, passando dal 27% al 12,5%.

(Decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011 n. 148)

Contributo di solidarietà - È stato eliminato il contributo di solidarietà del 5% per i redditi superiori a 90.000 e fino a 150.000 euro e del 10% sulla parte eccedente 150.000 euro e ne è stato introdotto un altro, del 3%, sui redditi eccedenti l'importo annuo di 300.000 euro. Il nuovo contributo, oltre a differenziarsi nell'aliquota e nel limite reddituale per l'applicazione, si distingue, leggermente, da quello eliminato anche per le modalità di applicazione.

(Decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011 n. 148)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Introduzione del contributo unificato nel processo tributario - L'articolo 37 del decreto legge n. 98/2011, ha introdotto nel processo tributario il contributo unificato, già vigente nell'ambito del processo civile e amministrativo. La circolare n. 1/DF fornisce chiarimenti sulle modalità applicative.

(Circolare Ministero dell'economia e delle finanze n. 1/DF del 21 settembre 2011)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Onlus e trust – Chiarimenti - L'Agenzia delle entrate, con la circolare n. 38/E del 1° agosto, ha fatto luce su alcuni importanti aspetti che interessano le ONLUS.

(Circolare Agenzia delle Entrate 01/08/2011, n. 38/E)

Plafond Iva – spetta anche al soggetto passivo non residente - Può maturare il plafond e, quindi, non pagare l'IVA sugli acquisti anche il soggetto passivo non residente, ma identificato in Italia tramite rappresentante fiscale ai fini IVA.

(Risoluzione Agenzia delle Entrate 04/08/2011, n. 80/E)

IVA - operazioni relative al settore della nautica da diporto - L'Agenzia delle entrate ha fornito chiarimenti in merito ad alcune questioni di carattere interpretativo in materia di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto per le attività di noleggio e di locazione di unità da diporto. In particolare, i quesiti posti riguardano la territorialità delle prestazioni di servizi e il regime di non imponibilità delle operazioni.

(Circolare Agenzia delle Entrate 29/09/2011, n. 43/E)

GIURISPRUDENZA

Accertamento – Elusione fiscale - In tema di accertamento dei fatti storici allegati dalle parti a sostegno delle rispettive pretese, i vizi deducibili con il ricorso per cassazione non possono consistere nella circostanza che la determinazione o la valutazione delle prove siano state eseguite dal giudice in senso difforme da quello preteso dalla parte, perché a norma dell'art. 116 c.p.c., rientra nel potere discrezionale - e come tale insindacabile - del giudice di merito apprezzare all'uopo le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza e scegliere, tra le varie risultanze istruttorie, quelle ritenute idonee e rilevanti con l'unico limite di supportare con adeguata e congrua motivazione l'esito del procedimento accertativo e valutativo seguito.

(Cassazione civile, sez. trib., 27/07/2011, n. 16428)

IRAP – Valida l'istanza oltre il termine di presentazione della dichiarazione - È da ritenersi legittima l'istanza di rimborso presentata da un avvocato per il rimborso dell'IRAP versata ma non dovuta, dopo la scadenza della presentazione della dichiarazioni relativa al periodo di imposta successivo.

(Cassazione civile, Sez. Trib., 07/07/2011, n. 14932)

Operazioni inesistenti – Efficacia del giudicato - L'efficacia preclusiva del giudicato esterno non è automaticamente applicabile alle fattispecie riferite ad imposte differenti (dirette ed IVA) né, in presenza di fatti e circostanze potenzialmente mutevoli, può assumere la valenza di sostanziale identità dei fatti costitutivi del rapporto giuridico d'imposta tale da consentire l'estensione a periodi d'imposta diversi da quello di

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

riferimento degli effetti della res iudicata quale *lex specialis* e di accertamento di fatto. Costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione dell'imponibilità degli interessi maturati sulle eccedenze a credito in favore del contribuente in ragione del canone della competenza. Parimenti devono ritenersi deducibili tutti i costi ed oneri inerenti la produzione del reddito restando escluse sanzioni irrogate per comportamenti illeciti del contribuente.

(Cass. Civile, sez. trib., 27/07/2011, n. 19702)

Accertamento – Indagini finanziarie - L'Amministrazione finanziaria è legittimata a ritenere i versamenti su un conto corrente privi di giustificazione quali redditi imputabili al contribuente spettando a questi dimostrare l'estraneità alla materia imponibile ricostruita in sede di accertamento.

(Cassazione civile, sez. trib., 27/09/2011, n. 19692)

IRAP – Accertamento autonomia organizzazione - Compete al giudice del merito accertare gli elementi e gli indici rivelatori della sussistenza del presupposto impositivo della capacità contributiva in difetto del quale il professionista non può essere ritenuto soggetto passivo dell'Irap.

(Cassazione civile, sez. trib., 27/07/2011, n. 19688)

Movimenti finanziari – Rapporti di conto corrente

È onere del contribuente superare con metodo rigoroso l'onere della prova avverso la presunzione disciplinata dalle disposizioni in materia di accertamento delle imposte relative alle indagini finanziarie ed alla ricostruzione ed imputazione del reddito imponibile sulla base delle movimentazioni dei rapporti intrattenuti con gli enti creditizi.

(Cassazione civile, sez. trib., 27/09/2011, n. 19678)

Iva - Elusione fiscale - In tema di IVA, nelle c.d. "frodi carousel" fondate sul mancato versamento dell'imposta incassata da società "cartiere" a seguito di acquisti intracomunitari o altrimenti esenti e successive rivendite anche attraverso l'interposizione di una o più società-filtro, il meccanismo dell'operazione e gli scopi che la stessa si propone fanno presumere la piena conoscenza della frode e la consapevole partecipazione all'accordo simulatorio del beneficiario finale, con la conseguenza l'IVA assolta dal medesimo beneficiario nelle operazioni commerciali con la società-filtro non è detraibile anche se le predette operazioni siano state effettivamente compiute e le relative fatture, al pari dell'intera documentazione contabile, sembrano perfettamente regolari.

(Cassazione civile, sez. trib., 23/09/2011, n. 19530)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

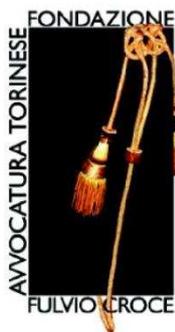
Atto amministrativo illegittimo- Risarcimento del contribuente non ammesso -

L'amministrazione finanziaria non può essere chiamata a rispondere del danno eventualmente causato al contribuente sulla base del solo dato oggettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, essendo necessario che la stessa, nell'adottare l'atto illegittimo, abbia anche violato le regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, che costituiscono il limite esterno della sua azione.

(Cassazione civile, sez. I civ., 23/09/2011, n. 19458)

IVA - Fatture e operazioni inesistenti - In tema di accertamento dell'IVA, qualora l'Amministrazione fornisca validi elementi di prova per affermare che talune fatture sono state emesse per operazioni inesistenti, è onere del contribuente dimostrare l'effettiva esistenza delle operazioni. Pertanto, non è sufficiente invocare la regolarità delle annotazioni contabili perché tale condotta è di regola alla base dei documenti emessi per operazioni inesistenti.

(Cassazione civile, sez. trib., 22/09/2011 n. 19332)



Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce

Torino, via Santa Maria n. 1

Mercoledì, 9 novembre 2011

Presentazione della rivista on-line “NDS - Il Nuovo Diritto delle Società”

ore 17,00 Saluto e introduzione del Presidente della Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce **Marco D'Arrigo**

Presentazione della Rivista a cura dei Direttori
Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

Presentazione della Rivista da parte dei Direttori delle Sezioni

Luciano Panzani (*Diritto fallimentare*)

Massimo Travostino e Luca Pecoraro (*Diritto industriale*)

Gilberto Gelosa (*Diritto tributario*)

Marco Casavecchia (*Pubblica amministrazione e impresa*)

Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli (*Trust e negozi fiduciari*)

Presentazione della Banca dati e delle segnalazioni a cura di **Maria Di Sarli**

Interventi e dibattito

ore 19,30 Aperitivo

L'iniziativa è in corso di accreditamento presso il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Torino.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

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

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

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

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

Vendita esclusiva per abbonamento.

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

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

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

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

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