

VERSIONE

Pdf

LA DUE DILIGENCE LEGALE

Valutare i rischi legali delle aziende

Fulvio Graziotto

Studio Legale

DUE DILIGENCE LEGALE

Valutare i rischi legali delle aziende

Prima Edizione

di

Fulvio Graziotto

Questa pubblicazione è stata creata per fornire un'informazione qualificata e accurata relativamente alla materia oggetto di trattazione.

In ogni caso, questa pubblicazione non è stata necessariamente realizzata da persone autorizzate a svolgere la professione legale in una particolare giurisdizione.

L'editore non è tenuto a fornire pareri legali o altri pareri professionali.

Questa pubblicazione non è sostitutiva di un parere qualificato di un soggetto che esercita la professione legale.

Copyright

(c) Copyright Fulvio Graziotto - 2013

Sono riservati per tutti i Paesi la traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (inclusi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica.

A mio figlio Andrea, con tutto il mio affetto.

Indice

Sommario

Cap. I.	Il contesto del procedimento di due diligence	15
	Analisi del contesto di riferimento dell'azienda assoggettata a due diligence.....	15
	1. Premesse.....	15
	2. I motivi del procedimento di due diligence e le implicazioni pratiche	18
	3. La superficie di attacco legale e le sue dimensioni.....	20
	4. Le variabili che influenzano i rischi e le responsabilità.....	21
	5. I soggetti rilevanti per la responsabilità.	23
	6. Le correlazioni con la fase del ciclo di vita aziendale	24
	7. Le correlazioni con i settori di attività	27
	8. Le correlazioni con le aree geografiche di riferimento.....	28
	9. Le interrelazioni con i mercati di riferimento.....	30
	10. La scomposizione dei fasci di rapporti in relazione agli assets e alle passività	31
	11. La scomposizione dei fasci di rapporti in relazione ai vari stakeholders	32
	12. La valutazione monetaria dei rischi legali	32
	13. La due diligence preventiva quale strumento per aumentare il livello di protezione e ridurre la superficie di attacco legale.....	33
Cap. II.	L'indagine sul soggetto titolare dell'azienda	35
	Inquadramento degli aspetti rilevanti sulla proprietà e sulla <i>governance</i>	35
	1. Proprietà	39
	2. Governance	40

Cap. III.	Gli elementi costitutivi dell'azienda	42
	Analisi degli elementi costitutivi dell'azienda: Attività, Passività e Netto	42
	1. Immobilizzazioni materiali.	42
	2. Beni immateriali	46
	3. Crediti.....	46
	4. Rimanenze e commesse in corso di esecuzione.....	48
	5. Altre attività	49
	6. Debiti.....	49
	7. Patrimonio netto	50
Cap. IV.	Considerazioni sulle possibili frodi in azienda	51
	Intercettare i rischi e approfondire i risvolti legali legati alle frodi	51
Cap. V.	Indicazioni operative	57
	Indicazioni operative per la <i>due diligence</i> legale.....	57
	1. Indicazioni operative per la due diligence legale	57
Cap. VI.	Le obbligazioni di natura contrattuale.....	60
	Le caratteristiche delle principali categorie di obbligazioni contrattuali.....	60
	1. Condizioni generali e formulari; contratti normativi e contratti tipo.....	60
	2. Contratti	62
Cap. VII.	Le obbligazioni di natura non contrattuale.....	65
	Analisi delle principali ipotesi di responsabilità extracontrattuale	65
	1. La responsabilità da prodotto difettoso	65
	2. La responsabilità per concorrenza sleale.	71
	3. La responsabilità per danno ambientale.	74

4. La responsabilità per violazioni alla proprietà intellettuale.	76
5. La responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa.	78
6. La responsabilità degli enti per le condotte illecite poste in essere dagli organi	80
7. Altre fonti di responsabilità extra-contrattuale	82
Cap. VIII. Le obbligazioni tributarie.....	84
L'indagine sui rischi e sulle potenziali passività di natura tributaria	84
1. Inquadramento delle principali obbligazioni tributarie.....	84
2. La responsabilità tributaria	91
3. Accertamenti e procedimenti deflattivi del contenzioso tributario.....	91
Cap. IX. La responsabilità di chi effettua la due diligence.....	94
I regimi di responsabilità del soggetto che effettua la <i>due diligence</i>	94
1. Il regime di responsabilità professionale	95
2. Casistica in alcune professioni	100
3. In particolare, il regime di responsabilità di revisori legali e società di revisione.....	102
4. Considerazioni sulla responsabilità del soggetto che effettua la due diligence	107
Bibliografia.....	111
Giurisprudenza	112
5. Giurisprudenza sulla responsabilità dei professionisti	112
6. Giurisprudenza sulla responsabilità delle società di revisione	118
Esempio di check-list di partenza per la due diligence legale.....	132
Esempio di Check-list relativa ai dati fiscali e tributari	140

Presentazione

Il volume è destinato a chi ha la responsabilità o l'interesse a gestire adeguatamente i rischi legali aziendali, evitando di compromettere i risultati economici o, ancora peggio, la stessa sopravvivenza dell'azienda.

Si rivolge quindi alla proprietà e al management delle aziende, ai consulenti e agli operatori giuridici che assumono incarichi nell'area legale o che rivestono ruoli di rilievo nell'ambito del *risk management*, e a tutti coloro che desiderano affrontare in modo adeguato il *legal risk management*.

Note biografiche dell'Autore

Fulvio Graziotto è Partner di Bizadit, società specializzata nel supporto esecutivo di *management* e in *corporate finance*.

L'autore ha curato interventi professionali e di direzione generale in diversi settori, e ha seguito procedimenti di *due diligence* sia nell'ambito di operazioni straordinarie che nell'area del *legal risk management*.

Ha oltre 30 anni di esperienza pratica professionale e manageriale, competenze in numerose discipline aziendali e formazione economica, finanziaria e giuridica.

Ha tenuto docenze in numerosi seminari e workshop, anche all'estero.

Introduzione

La presente pubblicazione si propone di affrontare un tema che riveste un'importanza sempre più rilevante nell'economia moderna, ma sul quale non sono disponibili molti contributi specifici della dottrina: il procedimento di *due diligence* legale, ovvero di verifiche sul fascio di rapporti giuridici e sulle responsabilità riconducibili all'azienda.

Questo specifico campo di indagine è strettamente collegato alle caratteristiche della singola azienda oggetto di *due diligence* e alla comprensione delle principali dinamiche in relazione ai contesti nei quali essa opera.

L'ampiezza e la profondità dell'indagine implica sempre un *trade-off* tra tempi, costi e livello di accuratezza delle verifiche, quest'ultimo grandemente condizionato dal livello di disponibilità delle informazioni rilevanti.

La volontà di rendere accessibili le informazioni può infatti variare in relazione ai motivi per i quali la *due diligence* viene effettuata, e implica in molti casi un approccio deduttivo a partire dalle caratteristiche e dalle evidenze disponibili.

Le aree oggetto di indagine legale variano in considerazione del tipo di attività e del settore, dei mercati geografici di riferimento, del tipo di entità legale, dell'assetto proprietario e delle eventuali relazioni di appartenenza a gruppi o conglomerati, della fase del ciclo di vita del business, del livello di dipendenza tecnologica, del grado di maturità organizzativa e del modello di *governance*, nonché di molti altri fattori rilevanti al fine di una esaustiva verifica.

Per queste ragioni il lavoro inizia cercando di illustrare in modo sistematico le possibili caratteristiche del business condotto dall'azienda, in modo da inquadrare il procedimento di *due diligence* nell'ambito di un adeguato perimetro di riferimento, che comprenda le necessarie verifiche sul fascio di rapporti giuridici e sulle responsabilità riconducibili all'azienda, intesa come portafoglio di progetti e investimenti, dei quali la verifica deve cogliere le caratteristiche peculiari.

La trattazione è suddivisa in tre parti ben distinte: la prima, **CONTESTO DELLA DUE DILIGENCE**, propone un approccio strutturato alle aree sostanziali da prendere in

considerazione per svolgere adeguatamente l'incarico di *due diligence* legale e affrontarle in ragione delle particolarità che caratterizzano la singola realtà aziendale; la seconda parte, OGGETTO DELLA DUE DILIGENCE, tratta degli aspetti giuridici da affrontare durante la verifica; la terza parte, RESPONSABILITA' PER LA DUE DILIGENCE, affronta gli aspetti legati alla responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) del soggetto che effettua la *due diligence*.

Nella prima parte, il primo capitolo, pur non essendo di taglio strettamente tecnico-giuridico, affronta in maniera sistematica le possibili criticità dell'indagine legale.

Il capitolo II affronta l'indagine sul soggetto titolare dell'azienda, mentre il capitolo III esamina gli elementi costitutivi nella loro classificazione secondo le sezioni dello stato patrimoniale che rappresenta, nell'ambito del bilancio, il documento in cui vengono riepilogati nella sezione destra i fondi (dove sono stati presi i denari, ovvero passivo e netto) e nella sezione sinistra gli impieghi (ovvero come sono stati impiegati i fondi): nella prassi, la *due diligence* legale prende in esame gli elementi costitutivi dell'azienda proprio partendo dal bilancio, ed è quindi opportuno trattarne l'esposizione seguendo la stessa struttura dello stato patrimoniale.

Il capitolo IV riporta importanti indicazioni sulle possibili frodi in azienda, secondo il modello del cd. *fraud triangle* tratto da una rinomata associazione di *auditors* statunitense che ha analizzato i passati casi, anche famosi, di frodi aziendali e ne ha identificato gli aspetti cruciali che permettono di intercettare il pericolo che avvengano: benché ciò non faccia parte di una stretta area di competenza del legale, una conoscenza di tali fattori per chi svolge incarichi di *due diligence* aziendale riveste un'importanza fondamentale per identificare le aree che richiedono maggiore attenzione nel caso specifico.

La prima parte chiude con il capitolo V che fornisce alcune indicazioni operative.

Nei successivi capitoli della seconda parte, dopo aver analizzato questi profili preliminari ma fondamentali, vengono affrontati gli aspetti più strettamente legati agli aspetti giuridici che, senza alcuna pretesa di completezza, sono trattati in relazione alle varie possibili fattispecie.

Nel capitolo VI vengono affrontati alcuni aspetti particolari relativi alle obbligazioni di natura contrattuale: il capitolo non vuole essere una trattazione esauriente degli aspetti legati ai contratti, ma ha il solo fine di richiamare l'attenzione su alcune aree di indagine particolari che esulano da una mera disamina dei principali contratti.

Attenzione particolare è stata data alla responsabilità extracontrattuale, un aspetto che sovente non è adeguatamente affrontato nella prassi, e che è stato trattato nel capitolo VII.

Il capitolo VIII copre le obbligazioni di natura tributaria, che sono spesso un punto dolente nelle procedure di *due diligence* collegate ad operazioni straordinarie aziendali.

Nella terza parte, con il capitolo IX viene affrontato il tema della responsabilità del soggetto che effettua la *due diligence*, con un approfondimento sulla responsabilità dei revisori e delle società di revisione che sono frequentemente coinvolte nei procedimenti di *due diligence*.

Oltre alla bibliografia e alla giurisprudenza citata, sono stati inseriti due allegati esemplificativi di *check-list* a supporto della *due diligence*.

Sommario

PARTE I – CONTESTO DELLA DUE DILIGENCE

- Cap. I Il contesto del procedimento di *due diligence*
- Cap. II L'indagine sul soggetto titolare dell'azienda
- Cap. III Gli elementi costitutivi dell'azienda
- Cap. IV Considerazioni sulle possibili frodi in azienda
- Cap. V Indicazioni operative

PARTE I – OGGETTO DELLA DUE DILIGENCE

- Cap. VI Le obbligazioni di natura contrattuale
- Cap. VII Le obbligazioni di natura non contrattuale
- Cap. VIII Le obbligazioni tributarie

PARTE III – RESPONSABILITA' PER LA DUE DILIGENCE

- Cap. IX La responsabilità di chi effettua la *due diligence*

Bibliografia

Giurisprudenza

Allegati

Esempio di *check-list* di partenza per la *due diligence* legale

Esempio di *check-list* relativa ai dati fiscali e tributari

PARTE I

CONTESTO DELLA *DUE DILIGENCE*

Cap. I. IL CONTESTO DEL PROCEDIMENTO DI DUE DILIGENCE

ANALISI DEL CONTESTO DI RIFERIMENTO DELL'AZIENDA ASSOGGETTATA A DUE DILIGENCE

Sommario: 1. Premesse. – 2. I motivi del procedimento di *due diligence* e le implicazioni pratiche. - 3. La superficie di attacco legale e le sue dimensioni. – 4. Le variabili che influenzano i rischi e le responsabilità. – 5. I soggetti rilevanti per la responsabilità. - 6. Le correlazioni con la fase del ciclo di vita aziendale. – 7. Le correlazioni con i settori di attività. – 8. Le correlazioni con le aree geografiche di riferimento. – 9. Le interrelazioni con i mercati di riferimento. – 10. La scomposizione dei fasci di rapporti in relazione agli *assets* e alle passività. – 11. La scomposizione dei fasci di rapporti in relazione ai vari *stakeholders*. – 12. La valutazione monetaria dei rischi legali - 13. La *due diligence* preventiva quale strumento per aumentare il livello di protezione e ridurre la superficie di attacco legale.

1. PREMESSE.

DEFINIZIONE DI «DUE DILIGENCE»

Una corretta definizione di «*due diligence*» risente degli scopi e dell'ambito di riferimento su cui il procedimento si innesta. In ambito legale, e più specificamente aziendale, la *due diligence* si può definire come il «procedimento di verifica del fascio di rapporti giuridici e delle relative responsabilità e rischi, inerenti uno o più soggetti giuridici». In questa definizione non vengono menzionati gli scopi, in quanto essi variano in relazione alle singole situazioni, e si riflettono sull'estensione e sulla profondità dell'indagine.

A seconda di quanto oggetto dell'indagine, si usa distinguere tra *full due diligence* e *limited due diligence*; quest'ultima risulta limitata in termini di estensione (sia di aree

sottoposte a indagine, sia di periodi temporali oggetto di indagine) o in termini di tempo (in termini di durata in giornate delle operazioni di *due diligence*).

LE RAGIONI ALLA BASE DI UNA DUE DILIGENCE

Una *due diligence* può essere richiesta per diverse ragioni. Le più ricorrenti sono:

- un soggetto interessato ad acquisire un'azienda o un ramo d'azienda
- la proprietà o il *management* di un'azienda, per identificare i punti deboli e predisporre in anticipo la documentazione necessaria in caso di cessione o altra operazione
- gli investitori nel caso di apporto di capitali per lo sviluppo, di operazioni di LBO (*leveraged buy-out*), MBO (*management buy-out*), o *turnaround*
- lo *sponsor* nel caso di quotazione di borsa, anche in relazione alle sue responsabilità

In ogni caso, a prescindere dalle ragioni alla base della *due diligence*, il fatto stesso di condurre l'indagine permette di acquisire una conoscenza più approfondita delle diverse aree oggetto di analisi, di intervenire per migliorare l'assetto e l'impostazione di numerosi aspetti, e di ridurre la superficie di attacco legale, contribuendo in modo significativo al contenimento dei rischi.

Tutto ciò si traduce in una minore vulnerabilità dell'azienda, in una maggiore stabilità dei risultati e, di conseguenza, in un maggiore *enterprise value* prospettico.

LA DUE DILIGENCE SOTTO IL PROFILO OPERATIVO

La *due diligence* viene solitamente preceduta da una LOI (*Letter of intent*) o da un MOU (*Memorandum of understanding*), che regolano tempi e modalità dello svolgimento della *due diligence* e i passaggi fondamentali per la valutazione e l'eventuale perfezionamento dell'operazione.

Nell'ambito di questi documenti, o separatamente, viene sottoscritto un impegno alla riservatezza (*Letter of confidentiality*) con il quale le parti si impegnano a non

divulgare le informazioni confidenziali e a vincolare i rispettivi consulenti alla riservatezza.

Questi documenti rivestono particolare importanza ai fini di una eventuale responsabilità precontrattuale: il loro tenore può portare a riconoscere violazioni agli obblighi di buona fede o un impegno ad effettuare l'operazione, con conseguente responsabilità.

Spesso viene anche richiamato un regolamento di *data room*, con il quale vengono indicate le modalità di accesso ai dati e alle informazioni.

DATA ROOM

In diverse situazioni non viene consentito l'accesso ai locali dell'azienda cd. *target* (ovvero l'azienda oggetto di indagine), per esigenze di riservatezza e, specialmente, per evitare di mettere in contatto il personale o di fargli conoscere l'esistenza di trattative; in tali casi, è prassi mettere a disposizione della controparte informazioni e documentazione in appositi locali, normalmente esterni, che fungono da punto di raccolta e di lavoro¹.

Spesso vengono regolamentate le modalità di accesso alla *data room*, il periodo e gli orari in cui l'accesso può essere effettuato, i vincoli di riservatezza e le modalità concrete da seguire².

IMPOSTAZIONE METODOLOGICA

Sotto il profilo metodologico, trattandosi di indagine che verte su un'azienda o su rapporti ad essa riferiti, il procedimento di *due diligence* non può prescindere dalla

¹ solitamente presso i consulenti, presso la società di revisione, o presso una *merchant bank*

² ad esempio divieto di estrarre o fotocopiare documenti, modulistica da utilizzare per richiedere dettagli, modalità e tempi delle risposte, persone delegate alla procedura, elenchi di informazioni disponibili, verbali di documentazione visionata, ecc.

comprensione delle caratteristiche dell'azienda e dei suoi settori di riferimento: una lettura dei rapporti giuridici che non parta dal corretto inquadramento della situazione sostanziale ha elevate probabilità di non rivelarsi adeguata agli scopi che si propone il procedimento di *due diligence*.

IMPORTANZA DEL CORRETTO INQUADRAMENTO DELLE CARATTERISTICHE DELL'AZIENDA

Per determinare le aree da sottoporre a indagine occorre aver ben chiaro, oltre agli scopi, anche le caratteristiche dell'azienda. Le aziende si differenziano tra loro per una moltitudine di caratteristiche: basti riflettere sulla loro dimensione, aree geografiche di riferimento, modelli organizzativi, assetti proprietari, strategie competitive, canali distributivi, soluzioni logistiche, ecc.

Prima di iniziare qualsiasi procedimento di indagine, è assolutamente necessario stabilire una griglia di riferimento, che funga da supporto operativo, per sottoporre a indagine i vari aspetti, a diversi livelli di profondità, proprio in relazione alle caratteristiche dell'azienda e dei suoi mercati di riferimento.

Il livello di profondità delle aree da sottoporre a indagine sarà ben diverso, ad esempio, tra un'azienda di servizi che opera solo in ambito locale, rispetto ad un'azienda manifatturiera che opera sui mercati internazionali o con insediamenti all'estero.

2. I MOTIVI DEL PROCEDIMENTO DI DUE DILIGENCE E LE IMPLICAZIONI PRATICHE

SCOPO DELLA DUE DILIGENCE

A prescindere dalle ragioni per le quali si effettua il procedimento di *due diligence*, lo scopo è quello di verificare le caratteristiche della realtà aziendale oggetto di indagine e mappare, possibilmente valutandoli in valori monetari, i rischi e le passività collegati alla stessa.

Solitamente il soggetto esterno, intendendosi per tale il soggetto che ha un potenziale o effettivo interesse ad acquisire un'azienda o ad entrare in affari rilevanti

con la stessa, ha un forte stimolo ad effettuare un'accurata indagine per evitare responsabilità indesiderate e stimare i rischi connessi.

La *due diligence* si innesta in situazioni di cd. «asimmetria informativa», nelle quali le parti non hanno accesso alle informazioni allo stesso modo, e quindi si possono verificare situazioni di sbilanciamento delle posizioni negoziali, che alla fine si riflettono anche sugli aspetti economici.

OPERAZIONI STRAORDINARIE

Specialmente nell'ambito di operazioni straordinarie aziendali (trasformazioni, cessioni, conferimenti, *joint-ventures*, fusioni, scissioni, ristrutturazioni finanziarie, ecc.) la *due diligence* assolve alla necessità di valutare più in dettaglio le caratteristiche dell'azienda e di identificare le criticità e i rischi di responsabilità, sia pregresse che future, che il soggetto esterno verrà, in tutto o in parte, ad assumere una volta perfezionata l'operazione.

In tali contesti, la *due diligence* svolgerà la funzione di verificare le informazioni fornite da una parte, identificare le criticità e acquisire ulteriori dati e informazioni, utili a valutare la fattibilità di un'operazione e a determinare quali garanzie chiedere alla controparte.

Le risultanze della *due diligence* sono destinate a far pesare le eventuali criticità in sede di trattativa: in ultima analisi, sul prezzo e sui termini del regolamento contrattuale.

Nel caso di cessione, la prospettiva è differente a seconda che l'indagine venga commissionata dalla parte promissaria acquirente piuttosto che dalla parte cedente: la prima tenderà a identificare le criticità e far leva sulle stesse per negoziare un prezzo minore e/o termini più favorevoli per chiudere l'operazione; il cedente cercherà invece di "smontare" le argomentazioni inerenti le criticità e proverà a sindacare le risultanze della *due diligence* per condizionare favorevolmente le condizioni economiche della trattativa.

Nella pratica, spesso la *due diligence* può anche essere predisposta dalla parte cedente (cd. *vendor due diligence*) per fornire una presentazione strutturata e

informazioni che facciano risaltare i punti di forza dell'azienda, per ridurre i tempi di svolgimento dell'indagine³ e per aumentare il numero di soggetti potenzialmente interessati a valutare la fattibilità di un'operazione: ogni *due diligence*, infatti, implica dei costi, e predisporre una *vendor due diligence* riduce la loro incidenza per le controparti.

In ogni caso, anche in presenza di una *vendor due diligence*, le controparti solitamente verificano e approfondiscono le informazioni fornite attraverso una contro-*due diligence* svolta da consulenti di loro fiducia.

3. LA SUPERFICIE DI ATTACCO LEGALE E LE SUE DIMENSIONI

I 3 FRONTI COSTITUTIVI: INTERNO – ESTERNO - AMBIENTE/CONTESTO DI RIFERIMENTO

Il ricorso a un concetto mutuato dall'industria del software, utilizzato in tema di sicurezza, può aiutare a comprendere l'importanza di un corretto inquadramento della problematica, che potremmo definire della «superficie di attacco legale».

I rapporti giuridici oggetto di indagine risentono grandemente, sotto il profilo del grado di vulnerabilità e di tutela effettiva, sia delle caratteristiche dell'azienda e dei suoi mercati di riferimento, sia delle modalità con le quali gli aspetti legali sono impostati e gestiti.

L'estensione della superficie di attacco è determinante per contenere i rischi e le responsabilità di natura legale: minore è la superficie di attacco, minori sono le responsabilità e i rischi negli equilibri dei fasci di rapporti giuridici relativi all'azienda.

La superficie di attacco legale può idealmente essere scomposta in tre fronti:

- Il fronte interno, vale a dire i rapporti giuridici relativi ai soggetti che fanno parte dell'azienda e/o del gruppo (proprietà, organi, dipendenti, *assets*)

³ una grossa parte di documentazione viene infatti già predisposta e messa a disposizione della controparte

- Il fronte esterno, cioè i rapporti giuridici relativi ai vari pubblici esterni che interagiscono con l'azienda (clienti, fornitori, intermediari, banche, ecc.)
- Il fronte ambientale, intendendosi con quest'accezione sia l'ambiente competitivo nel quale l'azienda opera, sia il contesto di riferimento inclusivo della dimensione sociale

RESPONSABILITÀ PRE-CONTRATTUALE, CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE

I tre fronti riflettono anche tre differenti configurazioni per quanto riguarda rischi e responsabilità: i primi due più centrati, in linea di principio, sulla responsabilità contrattuale, il terzo potenzialmente più esposto sulla responsabilità extracontrattuale.

Il secondo fronte è più suscettibile di esposizione anche a responsabilità di natura precontrattuale.

4. LE VARIABILI CHE INFLUENZANO I RISCHI E LE RESPONSABILITÀ

MODELLO DI BUSINESS

Tra le variabili che influenzano i rischi e le responsabilità, il modello di *business* è una di quelle che ha maggiore impatto sulla configurazione dei rapporti giuridici.

Le scelte aziendali tenderanno a spostare le attività sull'asse delle risorse interne/esterne in coerenza con il modello di *business* seguito,

A ciò consegue che le aziende che adottano un modello di *business* fortemente centrato sulle risorse esterne avranno un assetto dei rapporti giuridici basato su un maggior numero di regolamenti contrattuali con terze parti.

MODELLO DI CRESCITA

Anche il modello di crescita impatta, a parità di altre condizioni, sulla natura e sulla quantità di rapporti giuridici.

Rispetto a un modello di crescita organica, un modello di crescita per acquisizioni comporta il subentro in fasci di rapporti giuridici pre-esistenti, con la conseguenza di una maggiore esposizione a rischi correlati ad attività precedenti a cui l'azienda non ha partecipato direttamente e a responsabilità per eventuali rischi e risarcimenti. Altro esempio: un modello di crescita basato sull'espansione della rete distributiva di proprietà diretta implica rapporti giuridici differenti rispetto a quello basato sull'espansione di una rete in *franchising*.

CATENA DEL VALORE

Il concetto di «catena del valore» è stato creato da Michael E. Porter⁴ nell'ambito dei suoi studi sulla concorrenza. Ogni azienda configura le sue attività, suddivise in due grandi gruppi (attività primarie e attività di supporto), in maniera differente, e il collegamento della propria configurazione della catena del valore con quella dei propri *business partners* (fornitori e clienti) influenza la capacità di conseguire e mantenere un vantaggio competitivo sostenibile nel tempo.

FORZE COMPETITIVE

Sempre a Porter si deve la scomposizione e classificazione delle cinque forze competitive⁵. Il livello di concentrazione di alcuni settori comporta un differente assetto del potere contrattuale: un settore caratterizzato da molti fornitori e pochi clienti importanti, e quindi frammentato a monte e molto concentrato a valle, vedrà i regolamenti contrattuali dei rapporti giuridici maggiormente sbilanciato a favore dei clienti che detengono maggior potere contrattuale rispetto ai fornitori.

⁴ Michael E. Porter, *Vantaggio Competitivo*, Edizioni Comunità, Milano, III ed., 1988

⁵ concorrenti attuali, minacce di nuove entrate, prodotti sostitutivi, potere contrattuale dei clienti, potere contrattuale dei fornitori

STRATEGIA COMPETITIVA

Anche la strategia competitiva adottata ha influenza sulle caratteristiche dei rapporti giuridici. Le aziende che perseguono una strategia di leadership dei costi saranno più inclini a frequenti mutamenti del parco fornitori sulla base dei prezzi e delle condizioni praticate, con una conseguente attitudine a regolamenti contrattuali di minor durata e basati su clausole di recesso unilaterale a loro favore.

Al contrario, le aziende che basano la loro strategia competitiva sulla differenziazione dell'offerta, tenderanno a instaurare rapporti di maggiore durata, di sviluppo congiunto delle innovazioni, di *co-licensing* e di *co-makship*, con frequente maggior ricorso alla disciplina degli aspetti legati allo sfruttamento della proprietà intellettuale.

5. I SOGGETTI RILEVANTI PER LA RESPONSABILITÀ.

ORGANI E MODELLO DI GOVERNANCE

Grande rilevanza ai fini della responsabilità hanno anche i modelli organizzativi e di *governance*, non solo in ordine ai criteri di imputazione e alle conseguenze su alcune obbligazioni, ma anche in ordine ai punti cruciali oggetto di indagine.

Il piano di lavoro della *due diligence* non può prescindere da vari aspetti quali la forma giuridica dell'impresa, gli organi societari, il modello di amministrazione e di controllo, il modello organizzativo interno e gli eventuali sistemi di *internal audit* adottati: tutti questi aspetti implicano differenti configurazioni dei punti di rappresentanza e di delega, degli assetti decisionali e delle relative responsabilità.

FUNZIONI AZIENDALI

Anche l'analisi dei ruoli e delle funzioni aziendali è importante al fine di identificare i punti di interfaccia dei rapporti giuridici ed i rapporti interni tra gli stessi, in modo da verificarne anche i flussi informativi, decisionali, documentali e di controllo.

Spesso risulta utile partire dalla documentazione relativa ai regolamenti contrattuali e ripercorrere a ritroso i flussi anzidetti al fine di identificare i punti sui quali è opportuna una indagine più approfondita.

6. LE CORRELAZIONI CON LA FASE DEL CICLO DI VITA AZIENDALE

Fin qui si è presupposto che l'analisi si basi su caratteristiche per così dire «statiche» di quanto è oggetto di indagine. E' però importante impostare la verifica da un angolo di osservazione diverso, più legato agli aspetti «dinamici», più specificamente correlati allo stadio del ciclo di vita dell'azienda: nell'ambito delle varie fasi, si presenteranno differenti caratteristiche delle quali è opportuno tenere conto.

START-UP

Nella fase iniziale, l'azienda ha una struttura organizzativa minimalista, una *leadership* fortemente basata sulla figura del fondatore (o, a seconda dei casi, dei fondatori), una strategia competitiva adatta a posizioni di nicchia, formule contrattuali approssimate o comunque suscettibili di messa a punto sulla base delle esperienze effettive e dei riscontri sul campo.

Nella maggior parte dei casi, durante la fase di *start-up* l'azienda ha un solo mercato di riferimento o, al limite, pochi e ben definiti mercati di riferimento.

CRESCITA

L'azienda che supera la fase di *start-up* affronta una fase di crescita, durante la quale il fascio di rapporti giuridici iniziali si consolida, e al contempo se ne sviluppa di nuovi.

La fase di crescita implica spesso un affinamento dei rapporti contrattuali, una maggiore attenzione alla disciplina degli aspetti legali e alla gestione dei rischi, e un aumento della numerosità dei rapporti giuridici, dovuto principalmente all'aumento

della clientela, degli intermediari e dei *business partners* (vettori, banche, assicuratori, ecc.) dei quali l'azienda si avvale.

Per far fronte al carico di lavoro generato da queste attività, l'organizzazione aziendale diviene più strutturata e iniziano a delinearsi alcuni ruoli di responsabilità ai quali vengono delegate attività e rapporti con l'esterno.

Il ritmo di crescita (lento oppure rapido) condiziona anch'esso le modalità e il grado di precisione con cui molte attività, inclusi gli aspetti legali, vengono affrontate.

MATURITÀ

La fase di maturità è caratterizzata da una maggiore consapevolezza dell'importanza degli aspetti legali, che solitamente vedono la loro messa a punto definitiva proprio in questa fase. Anche la strategia competitiva perseguita dall'azienda viene confermata o modificata alla luce della posizione competitiva conseguita e delle possibilità di consolidarla e/o svilupparla ulteriormente a danno dei concorrenti.

A questo stadio l'espansione è infatti possibile solo rubando quote di mercato ai concorrenti, il che implica una maggiore aggressività sul mercato non solo in relazione al prezzo e agli altri elementi del *marketing-mix*, ma anche nella struttura organizzativa e nelle modalità di svolgimento dei processi di attività, di erogazione dei servizi, della presenza nei vari canali, e spesso anche di maggiore aggressività anche nella contrattualizzazione delle vendite, con formule innovative e/o a pacchetto, che tendono a differenziare l'offerta dalla concorrenza e a rendere difficile la comparabilità sui prezzi.

Non sono rari i casi in cui, nella fase di maturità, l'azienda adotta un approccio più netto nei confronti di una politica di prezzo aggressiva o in maggiori forme di differenziazione della propria offerta.

DECLINO

La fase di declino comporta diversi elementi di stress anche sul fronte legale. La crescente difficoltà a mantenere posizioni di mercato e a generare una

rimuneratività sufficiente viene inizialmente attenuata dai flussi di cassa legati a rendite di posizione e a ritorni su investimenti effettuati nel passato. Il livello dei costi fissi diventa eccessivo e l'azienda inizia a ristrutturarsi e ad intraprendere misure per ridurre i costi a fronte del calo di ricavi e di margini. In questo stadio sono frequenti sia interventi tesi a ridurre il personale, con conseguente aumento del contenzioso, sia pressioni nei confronti di *business partners* relative alla rinegoziazione delle condizioni, sia un'accentuata potenziale conflittualità su tutti i fronti legati agli aspetti economici e/o finanziari (approvvigionamenti, risorse umane, fornitori per servizi in outsourcing, assistenza, garanzie, ecc.).

A ciò si aggiunge spesso l'aumento di conflittualità potenziale nel caso in cui la fase di declino interessi i settori di riferimento dell'azienda, nel qual caso anche gli altri attori generano e subiscono un aumento della tensione competitiva, economica e finanziaria.

CRISI

Qualche considerazione a parte meritano le fattispecie di aziende che attraversano una - o meglio entrano in - situazione di crisi. In questo stadio, il declino si concretizza in tensioni finanziarie che non riescono ad essere affrontate da parte dell'azienda, e che iniziano a propagarsi a catena nei confronti dei vari *stakeholders*.

Una prima analisi dell'atteggiamento mentale del *management* e/o della proprietà può indicare la logica sottesa con cui vengono operate le scelte di priorità finanziaria nello stato di crisi. La casistica è molto ampia: si possono riscontrare situazioni in cui il perimetro interno dell'azienda (proprietà, organi e dipendenti) viene chiaramente tutelato e vengono posti in sofferenza i soggetti esterni (fornitori, banche, finanziatori, ecc.), altre in cui viene privilegiata la componente "mercantile" a danno dei soggetti facenti parte di detto perimetro interno, altre (più rare) in cui si opera con qualche diverso criterio di priorità (ad esempio si isolano i fornitori e i clienti chiave cercando di gestirli con una maggiore attenzione, de-enfatizzando clientela e fornitori marginali).

Ma il criterio di priorità più frequentemente osservato, e il meno opportuno nella generalità dei casi, è quello della priorità allo spostamento in avanti nel tempo degli impegni finanziari: l'azienda si avventura in transazioni sempre meno remunerative, e molto spesso addirittura con un margine di contribuzione lordo (ricavi – costi variabili) negativo, al solo scopo di generare flussi di cassa per far fronte agli impegni finanziari.

Una sommaria indagine sulle recenti transazioni può rivelare subito questi aspetti, e fornire elementi di valutazione circa la possibilità di interventi di *turnaround*.

7. LE CORRELAZIONI CON I SETTORI DI ATTIVITÀ

PRIMARIO, SECONDARIO, TERZIARIO E QUATERNARIO

Tra le variabili che influenzano i rischi e le responsabilità rientrano anche le correlazioni con i settori di attività dell'azienda e dei suoi principali mercati di riferimento.

La natura delle controparti (fornitori, clienti, ecc.) può variare notevolmente in relazione al fatto che operino nel settore primario rispetto a quello manifatturiero, o ancora nel terziario, magari avanzato.

Non solo il rispetto degli impegni contrattuali poggerà su elementi più o meno governabili (si pensi al rischio meteorologico in agricoltura, o al rischio politico nelle commesse internazionali, o al rischio di sub-fornitura nel settore manifatturiero, o al rischio di cambio, di interesse, di mercato nel settore finanziario, o al rischio di controparte in molti settori), ma soprattutto i regolamenti contrattuali con le controparti potranno essere più o meno evoluti (ad es. poco evoluti nei settori frammentati, ad esempio agricolo, o notevolmente evoluti come nel settore finanziario).

Una corretta indagine non può prescindere dalla ricognizione e dall'inquadramento del grado di evoluzione dei regolamenti contrattuali, nei vari casi relativi agli specifici

settori di riferimento, sia in termini assoluti, che in termini relativi rispetto agli altri operatori del settore.

SETTORI REGOLAMENTATI

Considerazioni a parte vanno fatte per le aziende che operano in settori regolamentati, normalmente dotate di una o più risorse con maggiore competenza tecnico-legale, almeno per quanto riguarda gli aspetti legati alla regolamentazione del settore specifico.

In tali casi, l'indagine deve ovviamente essere estesa non solo al rispetto delle norme di settore e alle conseguenze in caso di mancata osservanza delle eventuali prescrizioni imposte all'azienda, inclusi i risvolti sulle nullità assolute o relative delle obbligazioni qualora sanzionate in questi termini dalle norme di riferimento, ma anche alle eventuali conseguenze della inosservanza delle norme di settore sui *business partners* (clienti e fornitori), che potrebbero ripercuotersi a cascata sull'azienda.

8. LE CORRELAZIONI CON LE AREE GEOGRAFICHE DI RIFERIMENTO

MERCATO NAZIONALE

Le aziende che si rivolgono esclusivamente al mercato nazionale presentano una minore complessità di indagine: in tal caso le norme di riferimento sono essenzialmente quelle nazionali e della UE, mentre la rilevanza di altre norme internazionali è di regola circoscritta ai casi in cui vi sono alcuni elementi di internazionalità, quali ad esempio il fatto che i clienti siano non residenti (ad esempio aziende che forniscono servizi in Italia in occasione di fiere e manifestazioni, oppure servizi pubblicitari, ecc.), oppure che gli elementi di internazionalità riguardino i fornitori (acquisti all'estero, contratti di sub-lavorazione, rapporti di licenza in Italia di titolari non residenti, ecc.)

MERCATI ESTERI UE ED EXTRA-UE

Differente è la situazione per le aziende che operano in un contesto internazionale: per esse l'indagine deve estendersi alla verifica di tutti quegli elementi di internazionalità che si riflettono sia nei regolamenti contrattuali, sia nelle obbligazioni di natura extra-contrattuale. L'ambito di riferimento internazionale va considerato separatamente con riguardo ai rapporti intra-UE ed extra-UE.

Diversi regolamenti UE disciplinano, ad esempio, i criteri di collegamento rilevanti per la determinazione della legge applicabile, che può essere designata dall'azienda anche in alcuni casi di responsabilità extracontrattuale.

STABILI ORGANIZZAZIONI ALL'ESTERO

La presenza di stabili organizzazioni all'estero apre una finestra aggiuntiva sulle verifiche necessarie nell'ambito di una *due diligence* completa.

Prima di tutto, circa la qualificazione delle stesse ed il trattamento fiscale, con conseguenti obblighi di dichiarazione e dei pagamento delle imposte. Questi aspetti possono essere oggetto di disciplina anche da parte delle norme dei paesi esteri, in virtù della quasi universale applicazione del principio di tassazione sulla base della cd. «*world-wide taxation*».

In secondo luogo in ordine alle obbligazioni, contrattuali ed extra-contrattuali, imputabili alla stabile organizzazione.

Rivestono elementi di difficoltà aggiuntive il problema della lingua locale, delle norme locali, della trasparenza e della conoscibilità della situazione reale rispetto a quella rappresentata dal *management* e dai collaboratori locali della stabile organizzazione.

Elemento fondamentale da tenere in considerazione ai fini dell'indagine è l'esistenza di procedure di *audit* sulle stabili organizzazioni all'estero, le caratteristiche di tali procedure, i riferimenti temporali e gli esiti delle eventuali verifiche di *internal audit*.

ALTRI RAPPORTI INTERNAZIONALI

A prescindere da insediamenti all'estero, l'indagine deve estendersi ai rapporti internazionali, legati sia alle controparti contrattuali dirette (clienti, fornitori, intermediari, vettori, fornitori di servizi, ecc.), sia ai soggetti verso i quali possono sussistere responsabilità anche in via indiretta (responsabilità da prodotto difettoso, danni ambientali, violazione della proprietà intellettuale, ecc.).

Una particolare attenzione andrà rivolta ai rischi e alla responsabilità legale collegata a criteri di imputazione differenti rispetto all'ordinamento giuridico nazionale dell'azienda, che in base ad una diversa legge applicabile potrebbero potenzialmente comportare responsabilità e conseguenti risarcimenti non diversamente ipotizzabili.

9. LE INTERRELAZIONI CON I MERCATI DI RIFERIMENTO

RILEVANZA DELLE INTERRELAZIONI

La concorrenza multipla sta aumentando e l'evoluzione tecnologica sta promuovendo la proliferazione delle interrelazioni.

Esistono tre grandi tipologie di possibili interrelazioni tra unità di business differenti: tutte e tre non si escludono reciprocamente e possono avere effetti importanti sul vantaggio competitivo.

- Interrelazioni tangibili. Spesso implicano l'espletamento congiunto di una sola attività.
- Interrelazioni intangibili. Implicano la condivisione del *know-how* gestionale. Potrebbero essere accomunate dal tipo di cliente, dal tipo di acquisti da parte del cliente, dal tipo di processo di produzione impiegato o dal tipo di relazioni con l'amministrazione pubblica.
- Interrelazioni con i concorrenti. Scaturiscono dall'esistenza di rivali che competono in più di un settore di attività.

I tre tipi di interrelazioni possono verificarsi congiuntamente.

INTERRELAZIONI CON I SETTORI COLLEGATI

Le interrelazioni possono esplicitarsi anche attraverso i settori collegati. Le aziende che operano in settori collegati possono conseguire economie e sinergie anche nelle interrelazioni, specialmente se i settori collegati sono caratterizzati da economie di scala.

INTERRELAZIONI CON I SETTORI A MONTE E A VALLE

Nei casi di integrazione (cd. verticale) diretta delle attività a monte (produzione, R&S, ecc.) e a valle (distribuzione), le interrelazioni vengono solitamente perseguite coordinando le varie attività riconducibili all'azienda o al gruppo di aziende.

Ma anche in assenza di integrazioni verticali dirette, è possibile ricercare e sfruttare le interrelazioni con i settori a monte e a valle dell'attività svolta dall'azienda.

10. LA SCOMPOSIZIONE DEI FASCI DI RAPPORTI IN RELAZIONE AGLI ASSETS E ALLE PASSIVITÀ

Un procedimento di *due diligence* completo dovrebbe ricomprendere un'analisi dei fasci di rapporti giuridici attinenti alle principali categorie di attività e passività:

- Assets materiali
- Assets immateriali (*Intangibles*, inclusa IP, cioè *Intellectual Property*)
- Passività commerciali
- Passività finanziarie
- *Equity* (capitale di rischio)

In estrema sintesi, tenendo presente che le passività e il capitale di rischio rappresentano le fonti (dove sono stati presi i denari) e le attività rappresentano gli impieghi (come sono stati investiti), è fondamentale analizzare i fasci di rapporti giuridici sotto questa ottica al fine di identificare aree di criticità e potenziali conflitti di interesse.

11. LA SCOMPOSIZIONE DEI FASCI DI RAPPORTI IN RELAZIONE AI VARI STAKEHOLDERS

Il punto precedente (scomposizione dei fasci di rapporti in relazione agli *assets* e alle passività) porta inevitabilmente a considerare, sotto il profilo soggettivo, i medesimi fasci di rapporti nei confronti di:

- Proprietà
- Gruppi e società collegate
- *Management*
- Collaboratori
- *Business partners* (clienti, fornitori, intermediari, ecc.)
- Uffici finanziari (*tax compliance*)
- Conflitti di interesse
- Rischi di contagio da altre unità/entità legali collegate

12. LA VALUTAZIONE MONETARIA DEI RISCHI LEGALI

Il problema della valutazione monetaria dei rischi legali non è facilmente risolvibile. Alle incognite derivanti dalle componenti oggettive (rischi puri), soggettive (rischi di controparte) e sistemiche (sistemi normativi), si aggiungono le incognite relative al contenzioso e alla tutela giudiziaria, che spesso implica tempi eccessivamente lunghi e incertezze circa il possibile esito dei processi.

Un tentativo di procedere ad una valutazione monetaria dei rischi legali deve tener conto anche dei seguenti aspetti, che andranno adattati al caso specifico:

- Classificazione, garanzie e copertura dei rischi dei rischi
- Contenzioso e ADR (*alternative dispute resolution*)
- Attribuzione dei pesi

13. LA DUE DILIGENCE PREVENTIVA QUALE STRUMENTO PER AUMENTARE IL LIVELLO DI PROTEZIONE E RIDURRE LA SUPERFICIE DI ATTACCO LEGALE

ATTIVAZIONE DI UNO SCUDO LEGALE PER RIDURRE LA VULNERABILITÀ LEGALE

Un'adeguata pianificazione e gestione degli aspetti legali costituisce il primo passo per ridurre le aree di responsabilità e la vulnerabilità legale.

Lo scopo ultimo di un'azienda è quello di creare, sviluppare e mantenere un portafoglio di clienti soddisfatti e crescere con adeguati risultati economici.

Questo fine non deve però far perdere di vista le modalità con cui raggiungerlo: occorre evitare di mettere a repentaglio i risultati conseguiti a causa di conseguenze evitabili con l'attivazione di un adeguato «scudo legale», cioè una gestione corretta e ottimale degli aspetti legati alla responsabilità e alla tutela legale.

Lo svolgimento di una *due diligence* legale preventiva costituisce un investimento dal ritorno potenzialmente molto elevato per l'azienda, per la proprietà e per il *management*.

RISK MANAGEMENT

Com'è noto, la copertura assicurativa trasferisce il rischio dall'assicurato alla compagnia di assicurazione, e comporta un abbassamento del livello di attenzione dell'assicurato nei confronti dei rischi a causa del trasferimento della responsabilità.

E' però importante considerare le possibili alternative alla copertura di alcuni rischi, che possono essere eliminati o ridotti alla radice attraverso un'accurata gestione dei regolamenti contrattuali e degli aspetti legali collegati alla responsabilità.

La *due diligence* legale preventiva riveste assoluta importanza anche nell'ambito del *risk management* proprio perché consente di identificare le aree di criticità, permettendo di intervenire per migliorarne la gestione e ridurre la vulnerabilità legale dell'azienda.

Il livello di protezione legale si migliora riducendo la «superficie di attacco» legale.

Per superficie di attacco si intende il complesso di aree di gestione alle quali i criteri di imputazione della responsabilità possono fare capo.

Le leve per aumentare il livello di protezione legale poggiano su numerosi aspetti, a partire dalla scelta dell'ordinamento giuridico di riferimento, alla forma giuridica dell'azienda, alla propensione della proprietà e del *management* a gestire proattivamente gli aspetti legali e contrattuali.

Una oculata indagine preventiva sugli aspetti legali coinvolti nella gestione dell'azienda permette di intervenire nelle aree critiche e affinare quelle suscettibili di miglioramento, arrivando così a rafforzare lo «scudo legale» con cui l'azienda protegge il proprio valore.

Cap. II. L'INDAGINE SUL SOGGETTO TITOLARE DELL'AZIENDA

INQUADRAMENTO DEGLI ASPETTI RILEVANTI SULLA PROPRIETÀ E SULLA GOVERNANCE

Sommario: 1. Evidenze fondative ed eventi storici. - 2. Proprietà. - 3. Governance.

1. EVIDENZE FONDATIVE ED EVENTI STORICI

L'analisi dell'azienda sottoposta a *due diligence* (cd. *target*) ha per oggetto i vari aspetti che permettono di comprenderne le caratteristiche e i principali eventi storici.

In particolare, nell'ambito dell'indagine vengono solitamente esaminati i seguenti aspetti:

FONDAZIONE DELL'IMPRESA

Informazioni sulla fondazione dell'impresa, incluse le informazioni relative ai fondatori, le loro esperienze e precedenti iniziative imprenditoriali e/o partecipazioni societarie.

In particolare, nel caso di *target* fondata da poco tempo, la *due diligence* dovrà essere estesa per verificare l'esistenza di patti di limitazione della concorrenza, di utilizzo illecito di proprietà intellettuale appartenente a soggetti presso cui – o con cui – i fondatori operavano precedentemente, di eventuali conferimenti di azienda, rami d'azienda o partecipazioni societarie a cui questi aspetti possano essere ricollegati (con la verifica circa il regime di comunione dei beni in relazione a soggetti coniugati).

FORMA GIURIDICA ORIGINARIA

Nel caso di entità societarie, dovrà essere esaminato l'atto costitutivo e lo statuto della società, eventuali modifiche successive alla compagine societaria e le ragioni degli avvicendamenti nella stessa, in modo da cogliere eventuali aspetti legati alla fuoriuscita di soci e/o fondatori, che potrebbero indicare problematiche strutturali o minacce di concorrenza in grado di influenzare i risultati futuri della *target*.

SUCCESSIVE MODIFICAZIONI E TRASFORMAZIONI

La *due diligence* dovrà prendere in esame le eventuali modificazioni allo statuto, cercando di comprenderne le ragioni anche mediante interviste al *management* e alla proprietà.

In particolare, dovranno essere verificati gli adempimenti relativi alla pubblicità legale delle modifiche e l'aggiornamento dei dati indicati sulla corrispondenza e sui documenti ufficiali della *target*, incluso il sito Internet.

Dovrà essere verificata, come minimo, la corretta indicazione del capitale sottoscritto e versato, la menzione che si tratta di società a socio unico qualora ricorra questa ipotesi, e l'indicazione della eventuale società al cui coordinamento e controllo la *target* è assoggettata.

L'indagine deve ricomprendere le comunicazioni di variazione agli uffici fiscali, la verifica delle eventuali unità locali utilizzate dall'azienda con il controllo circa la loro esistenza, inclusa la verifica dei fasci di rapporti giuridici riconducibili alle stesse.

REGIMI AUTORIZZATORI (LICENZE, CONCESSIONI, AUTORIZZAZIONI, ISCRIZIONI)

L'indagine deve essere estesa alla verifica di esistenza e regolarità delle eventuali licenze, autorizzazioni, concessioni o iscrizioni che siano necessarie per il lecito esercizio dell'attività della *target*.

In particolare, nel caso di concessioni, andrà verificato il rispetto e le permanenze delle condizioni stabilite dall'atto di concessione e la corretta comunicazione di eventuali variazioni intervenute.

E' buona norma verificare la persistenza delle licenze, autorizzazioni, concessioni e iscrizioni attraverso interrogazioni online (ove disponibili) o verifiche riservate tramite studi specializzati.

PROCEDURE CONCORSUALI E ACCORDI STRAGIUDIZIALI

Nell'ambito della verifica è opportuno indagare circa l'esistenza di precedenti procedure concorsuali, o di accordi stragiudiziali, a carico della target, della proprietà e delle società o aziende collegate.

Nel caso di procedure in corso, o di accordi in corso di esecuzione, è opportuno verificarne lo stato di avanzamento e rilevare eventuali problematiche legate al mancato rispetto delle condizioni, agli effetti sugli accordi, alle garanzie prestate e alle ripercussioni sulla *target*, sulla proprietà, sul *management* e sull'immagine aziendale.

OPERAZIONI STRAORDINARIE

Alcune considerazioni a parte devono essere fatte per quanto riguarda le operazioni straordinarie aziendali cui abbia preso parte la *target* o la proprietà. Il regime di responsabilità delle stesse, specialmente in ordine alle obbligazioni di natura tributaria e all'operatività delle norme anti-elusive, richiede una particolare verifica delle fattispecie.

In particolare, è opportuno verificare il rispetto degli adempimenti relativi alle operazioni, la documentazione richiesta ai fini fiscali, le eventuali perizie e relazioni predisposte da professionisti esterni, dagli organi amministrativi e dagli organi di controllo.

Ove esistenti, i giudizi e le relazioni delle società di revisione e delle autorità competenti.

Nell'ambito delle operazioni straordinarie, la *due diligence* dovrà estendersi alla verifica delle componenti più rilevanti, alle risultanze nelle scritture contabili e ai principi di imputazione dei valori.

PARTECIPAZIONI

La ricognizione sulle eventuali partecipazioni attive detenute dall'azienda deve estendersi alla verifica degli atti di provenienza, all'esistenza di eventuali patti parasociali, al rispetto dei vincoli fissati per le partecipazioni in società quotate, al regime di tassazione nel caso di opzioni per il consolidato fiscale qualora ve ne siano i presupposti.

Attenzione particolare andrà posta su partecipazioni in entità legali estere, in special modo se aventi sede in paesi a fiscalità privilegiata, con la verifica delle principali caratteristiche del *business*, della effettiva esistenza e operatività, della composizione degli organi amministrativi e del *management*, nonché del livello di autonomia delle partecipate in relazione alle previsioni delle norme fiscali antielusive⁶.

RELAZIONI PARTICOLARI

La *due diligence* dovrà ricomprendere, tra le attività da svolgere, la verifica circa l'esistenza di relazioni particolari tra il *management*, i soci, i principali finanziatori e *business partners* (fornitori e clienti importanti).

GARANZIE

Sulle garanzie rilasciate dalla società e su quelle accordate a suo favore andrà svolta un'indagine accurata.

Per quanto riguarda le eventuali garanzie rilasciate dalla società, ne andrà verificata la conformità a quanto previsto dall'atto costitutivo e dallo statuto, nonché ai poteri

⁶ In particolar modo con riguardo alle norme sull'esteroinvestizione e sulla disciplina delle CFC (*Controlled Foreign Companies*)

conferiti agli organi amministrativi e la regolarità dell'eventuale approvazione da parte dell'assemblea dei soci.

Circa le garanzie rilasciate dai soci, dagli organi amministrativi e da terzi a favore della società, ne andrà verificata la progressione storica e la puntuale comprensione e giustificazione nell'ambito dei rapporti sottesi alle garanzie stesse.

2. PROPRIETÀ

PROPRIETÀ E SOCIOGRAMMA

L'analisi della proprietà e del sociogramma corrente deve comprendere la verifica del libro soci ove esistente, delle percentuali di partecipazioni detenute anche indirettamente o per interposta persona e, nel caso di società quotate, la sussistenza di obblighi di offerte di acquisto ante e post operazione.

STRUTTURA E COMPOSIZIONE DELL'EQUITY

Nell'analizzare il patrimonio netto sociale si deve verificare il rispetto dei limiti minimi di capitale al netto delle perdite, anche in relazione ad una situazione contabile aggiornata infra-annuale.

Rientrano nelle verifiche da effettuare il controllo della regolare alimentazione del fondo di riserva legale e di eventuali riserve statutarie.

In relazione agli aspetti fiscali, è opportuno verificare anche l'esistenza e la effettiva consistenza di riserve accumulate libere da imposte, suscettibili di utilizzo senza aumentare il carico impositivo fiscale.

Nel caso di apporti di capitale sotto forma di conferimenti, è bene verificarne la effettiva consistenza.

SOCI DI RIFERIMENTO

Nell'ambito della compagine sociale, andranno rilevati i soci di riferimento sia sotto il profilo delle quote nominali di partecipazione, sia sotto il profilo dell'interesse effettivo alla gestione.

Andranno analizzate eventuali relazioni particolari con alcuni soci, e rilevati eventuali vincoli di parentela tra essi e/o con il *senior management*, gli organi amministrativi e di controllo.

PATTI PARASOCIALI

In particolare, occorre verificare l'esistenza di requisiti particolari e di patti parasociali che influenzano, o vincolano, l'assetto proprietario e l'esercizio dei diritti di voto.

3. GOVERNANCE

MODELLO E ORGANI

Nel caso di società, nell'indagine andrà specificato il modello di gestione e controllo adottato sulla base dei nuovi articoli 2409 *octies* ss. c.c., introdotti dal D. Lgs. 6/2003.

POTERI

Com'è noto, il potere di gestione è il potere deliberativo e di amministrazione, che si distingue dal potere di rappresentanza, che è invece il potere di manifestare all'esterno la volontà dell'ente sociale⁷ con effetti vincolanti.

⁷ Art. 2384 c.c.: «*Poteri di rappresentanza*. (1) Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale. (2) Le limitazioni ai

Nell'ambito della *due diligence*, devono essere rilevati separatamente i dati degli amministratori con potere di rappresentanza, la fonte (statuto o delibera di nomina), gli eventuali limiti all'esercizio e vanno verificati i conseguenti adempimenti di pubblicità.

ISTITUTORI

La disamina dovrà coprire le verifiche circa l'esistenza di procure institorie, i dati sui procuratori, i poteri loro conferiti ed i limiti della procura, le modalità in caso di procura a più persone (firma congiunta o disgiunta, autonomia, ecc.)

PROCURE SPECIALI E DELEGHE BANCARIE

Si dovranno anche rilevare eventuali procure speciali e le deleghe per l'operatività bancaria, con relativi poteri e limiti di importo e/o per classi di operazioni.

SINDACI

Oltre a verificare i presupposti per l'esistenza dei sindaci, andranno esaminati i verbali degli ultimi esercizi e approfondite eventuali osservazioni da essi risultanti.

REVISORI

Dovrà essere appurato l'eventuale assoggettamento ad obbligo di revisione esterna, o l'eventuale revisione volontaria, con verifica dell'incarico di revisione e della relativa scadenza.

La disamina andrà estesa sulle relazioni di revisione relative agli ultimi esercizi.

poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.»

Cap. III. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'AZIENDA

ANALISI DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'AZIENDA: ATTIVITÀ, PASSIVITÀ E NETTO

Sommario: 1. Immobilizzazioni materiali. - 2. Immobilizzazioni immateriali. - 3. Crediti. - 4. Rimanenze e commesse in corso di esecuzione. - 5. Altre attività- 6. Debiti. - 7. Patrimonio netto.

Nella dinamica aziendale, tutte le voci rappresentate in bilancio, sono rilevate sulla base di fatti di gestione, che a loro volta riflettono, essenzialmente, atti o fatti giuridici.

In un'ottica di *due diligence* legale, è importante considerare i fasci di rapporti giuridici che fanno capo alle varie categorie dell'attivo, del passivo e del netto: ripercorrendo a ritroso i flussi giuridici, è possibile individuare aree critiche e prevenire rischi per il futuro.

Le poste dello stato patrimoniale possono essere classificate nelle seguenti grandi categorie:

1. IMMOBILIZZAZIONI MATERIALI.

I beni materiali sono gli *assets* per eccellenza, ovvero attività che incorporano e conservano un valore suscettibile di scambio economico.

L'indagine relativa ai beni materiali deve tener conto del regime di circolazione giuridica e delle loro caratteristiche intrinseche, della verifica della loro consistenza e attualità, delle eventuali cause legittime di prelazione su di essi gravanti, e del loro valore corrente.

Importante anche verificare la consistenza e la corrispondenza dei valori dei vari beni con quanto indicato nell'inventario.

Per tutti i beni materiali che non costituiscono beni destinati alla rivendita, occorre altresì esaminare la regolare tenuta del registro dei cespiti ammortizzabili prescritto dalle norme fiscali, nonché valutare il loro grado di obsolescenza.

BENI IMMOBILI

La verifica dei beni immobili deve comprendere le visure alla conservatoria dei registri immobiliari, comprensive delle eventuali trascrizioni e di iscrizioni di ipoteca, nonché delle eventuali servitù, ecc..

La disamina dovrà estendersi all'atto di provenienza, alla documentazione catastale, alle dichiarazioni e ai versamenti fiscali relative ai tributi dovuti, al certificato di abitabilità e/o di agibilità, alla licenza edilizia (ora permesso di costruire), alla conformità alle norme edilizie ed urbanistiche, alla documentazione relativa agli eventuali condoni effettuati, alle destinazioni d'uso ammesse nella zona in cui sono ubicati gli immobili.

In particolare, occorre verificare il titolo di provenienza in capo all'eventuale proprietario precedente (ad esempio, acquisto a titolo oneroso, conferimento, atto di donazione) per verificare il rischio di eventuali azioni (revocatorie, ecc.) che possono comportare effetti di inefficacia.

E' buona norma estendere la verifica anche alle polizze assicurative, controllando le classi di rischio coperte e la congruenza dei massimali e delle franchigie con i valori a bilancio.

Nel caso di cespiti immobiliari ubicati all'estero, la verifica andrà estesa al trattamento fiscale dei redditi immobiliari in base alle eventuali convenzioni contro le doppie imposizioni esistenti con il paese nel quale insiste l'immobile.

Nel caso di immobili in leasing, una particolare attenzione andrà rivolta ad eventuali impegni di riacquisto al termine del contratto (cd. *lease-back*).

BENI MOBILI REGISTRATI

Per quanto riguarda i beni mobili registrati (automezzi, imbarcazioni, ecc.) l'indagine sarà simile ai cespiti immobiliari, ma verrà estesa alla regolarità dei versamenti delle imposte di circolazione e al pagamento dei premi per le coperture assicurative.

Nel caso di beni in leasing, una particolare attenzione andrà rivolta alla congruenza del prezzo di riscatto, nonché alla sorte delle opzioni di riscatto dei beni al termine dei precedenti periodi contrattuali, che potrebbero rivelare canoni eccessivi a carico dell'azienda con conseguenti passaggi di proprietà agli amministratori e/o ai dipendenti a prezzi simbolici (con danno all'azienda e rischi di contestazioni fiscali).

Una particolare attenzione dovrà essere posta alla regolarità del trattamento fiscale, tanto relativo all'acquisto e alla cessione dei beni mobili registrati, tanto al regime di deducibilità fiscale e di imputazione dei valori inerenti ai cd. *fringe benefits* per utilizzi privati.

ALTRI CESPITI

Le rimanenti immobilizzazioni sono normalmente attinenti all'attività caratteristica dell'azienda: immobilizzazioni tecniche, macchinari, impianti, ecc.

Per quanto riguarda questi cespiti è opportuno verificare, oltre la consistenza fisica e lo stato di manutenzione (meglio se da parte di tecnici esperti), anche la provenienza dei cespiti di maggior valore (contratti, ordini e fatture) e gli eventuali contratti di assistenza e manutenzione.

Specialmente per quanto riguarda le eventuali commesse per impianti in corso e non ancora completate, occorrerà verificare i regolamenti contrattuali per identificare rischi dovuti a revocatorie per anticipi e caparre, nonché l'esistenza di clausole risolutive espresse e di patti di riservato dominio a favore del venditore.

Particolare attenzione andrà rivolta alla documentazione relativa agli acquisti effettuati presso soggetti residenti nei paesi a fiscalità privilegiata (cd. *black-list*) per i

quali vi sono rischi che la deducibilità fiscale venga contestata (ex. Art. 110, c.10, TUIR⁸).

CAUSE LEGITTIME DI PRELAZIONE

Per tutte le immobilizzazioni occorre verificare l'esistenza di privilegi, pegni e ipoteche.

⁸ D.P.R. n. 917/1986 (TUIR), art. 110 «*Norme generali sulle valutazioni*», [...] «(10) Non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuate nella lista di cui al decreto ministeriale emanate ai sensi dell'articolo 168-bis. Tale deduzione è ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto. (11) Le disposizioni di cui al comma 10 non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano la prova che le imprese estere svolgono prevalentemente un'attività commerciale effettiva, ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione. Le spese e gli altri componenti negative deducibili ai sensi del primo periodo sono separatamente indicate nella dichiarazione dei redditi. L'Amministrazione, prima di procedere all'emissione dell'avviso di accertamento d'imposta o di maggiore imposta, deve notificare all'interessato un apposito avviso con il quale viene concessa al medesimo la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove predette. Ove l'Amministrazione non ritenga idonee le prove addotte, dovrà darne specifica motivazione nell'avviso di accertamento. (12) Le disposizioni di cui ai commi 10 e 11 non si applicano per le operazioni intercorse con soggetti non residenti cui risulti applicabile gli articoli 167 o 168, concernente disposizioni in materia di imprese estere partecipate. (12-bis) Le disposizioni dei commi 10 e 11 si applicano anche alle prestazioni di servizi rese dai professionisti domiciliati in Stati o territori diversi da quelli individuate nella lista di cui al decreto ministeriale emanate ai sensi dell'articolo 168-bis. Tale disposizione non si applica ai professionisti domiciliati in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto.» [...]

2. BENI IMMATERIALI

I beni immateriali si distinguono dai costi ad utilizzazione pluriennale: i primi, a differenza dei secondi, sono suscettibili di cessione a terzi.

Nello svolgimento della *due diligence* è opportuno verificare che non ci siano costi ad utilizzazione pluriennale classificati come beni immateriali.

AVVIAMENTO

L'avviamento può essere iscritto nell'attivo in bilancio, con il consenso del collegio sindacale ove esistente, solo se acquisito a titolo oneroso e nei limiti del costo per esso sostenuto. Deve essere ammortizzato entro un periodo di cinque anni (art. 2426 c.c.).

3. CREDITI

AGEING E CLASSI DI CREDITI

Nell'ambito della verifica, i crediti rappresentano una delle poste di verifica più importanti sotto diversi profili. Anzitutto, sotto il profilo della loro effettiva consistenza. Secondariamente, in relazione alla loro esigibilità alla scadenza. In terzo luogo, in relazione alle eventuali garanzie e cause legittime di prelazione. Poi in relazione alla loro stratificazione temporale quanto a data di insorgenza del credito e data di scadenza. Quindi, sotto il profilo della solvibilità dei debitori e dei rischi di revocatorie nell'ambito di procedure concorsuali. Da ultimo, sotto il profilo della eventuale prescrizione intervenuta.

Ai fini della *due diligence*, è utile disporre di una lista che evidenzi il cosiddetto «ageing» dei crediti, ovvero la loro distribuzione temporale sia sotto il profilo della data di insorgenza del credito (normalmente la data di emissione della fattura), sia in relazione ai giorni di ritardo rispetto alla scadenza originaria concordata con il debitore.

Un esempio di struttura idonea ad analizzare i crediti con questo approccio è il seguente:

Cliente	Totale crediti	< 30 gg.	30<60 gg.	60<90 gg.	90<120 gg.	Oltre 120	Di cui scaduti	Di cui contestati
Cliente A								
Cliente B								
...								

Una tale struttura permette di analizzare i crediti ed evidenziare quelli maggiormente suscettibili di rischio, approfondendo gli aspetti legati alle garanzie nei casi più opportuni.

Può essere opportuno effettuare anche qualche verifica dei saldi, per gli importi più considerevoli e, nel caso, sulla base di un campione per i crediti più limitati, richiedendo la conferma ai debitori.

CREDITI IN SOFFERENZA

Ai crediti in sofferenza andrà prestata, naturalmente, particolare attenzione. L'indagine dovrà prendere in esame la tempestività e l'accuratezza con cui sono state avviate le procedure di messa in mora ove necessarie, gli atti preliminari ai procedimenti esecutivi (formazione del titolo esecutivo, notifica del precetto, ecc.) e gli atti esecutivi stessi. Dovranno essere verificati i casi di importo rilevante e quelli relativi a clienti con altri importi dovuti ma non classificati come crediti in sofferenza (il più delle volte perché non ancora scaduti). Specialmente per i crediti in sofferenza, andrà verificata la eventuale prescrizione intervenuta e gli eventuali rischi fiscali derivanti dal mancato riconoscimento della deducibilità, per documentazione carente a dimostrazione della loro inesigibilità.

4. RIMANENZE E COMMESSE IN CORSO DI ESECUZIONE

RIMANENZE DI MATERIE PRIME, SEMILAVORATI, PRODOTTI FINITI

La *due diligence* dovrà prendere in esame anche le rimanenze inventariali.

La verifica dovrà riguardare anzitutto il loro status giuridico, al fine di rilevare eventuali rimanenze gravate da pegno, o sottoposte a sequestro conservativo o giudiziario, o altre misure cautelari. Poi occorrerà verificarne il sistema di valutazione e la sua ammissibilità sotto il profilo fiscale: FIFO (First In, first out), LIFO (Last in, first out), ecc., per gli evidenti riflessi sulle connesse potenziali passività tributarie in caso di ripresa a tassazione, ma anche per il loro impatto sui risultati di esercizio.

Infatti, in periodi di prezzi crescenti o scenari di rialzi dei prezzi delle materie prime, l'adozione di sistemi diversi dal LIFO (last in first out) comporta una minore imputazione ai costi di competenza dell'esercizio, con conseguente miglioramento nominale dei risultati economici e con una maggiore esposizione al rischio di rimanenze finali sopravvalutate in caso di ribasso del livello dei prezzi.

COMMESSE IN CORSO DI ESECUZIONE

Per le aziende di impiantistica o che realizzano opere, le commesse in corso di esecuzione rappresentano un'altra area da assoggettare a verifica approfondita.

In particolare, occorrerà prendere in esame i criteri di riconoscimento dei ricavi (cd. valore della produzione), che solitamente sono in proporzione allo stato di avanzamento sulla base dei costi sostenuti, ma che devono essere verificati in relazione all'esistenza di penali a fronte di ritardi, mancati collaudi e altre cause di riduzione dei valori di commessa.

Devono poi essere esaustivamente indagati gli aspetti legati alle responsabilità per mancato completamento delle commesse, ai regolamenti contrattuali, specialmente in ordine a clausole di risoluzione del contratto, alle garanzie di esecuzione e post-collaudato, agli aspetti legati ad eventuali diritti di proprietà intellettuale condivisi con

il cliente o a suo vantaggio, alle eventuali clausole compromissorie e agli aspetti legati alla legge applicabile e al foro competente.

5. ALTRE ATTIVITÀ

RATEI, RISCONTI, ECC.

Tra le altre attività possono esserci diverse voci residuali che andranno verificate in base al caso concreto.

Nel caso di importi rilevanti per ratei (crediti e debiti pecuniari) o risconti (crediti e debiti di servizi), si dovrà procedere alla verifica dei sottesi pagamenti e ai conteggi che vi hanno dato luogo, per verificare la loro conformità alle previsioni dei regolamenti contrattuali.

6. DEBITI

SCADENZA E CLASSI DI DEBITI

Nel caso dei debiti, l'indagine deve essere rivolta in tre aree differenti.

Anzitutto, le diverse classi di debito hanno fondamento e caratteristiche differenti: ci sono tre categorie principali, costituite dai debiti commerciali, debiti finanziari a breve e debiti finanziari a medio-lungo termine.

La verifica dei debiti deve includere le garanzie eventualmente rilasciate a fronte degli stessi, anche da terzi, nonché l'assoggettamento a eventuali interessi e la loro contabilizzazione o accantonamento in contabilità.

Anche nella verifica dei debiti commerciali può essere opportuno effettuare qualche verifica dei saldi, sia per gli importi più considerevoli che per quelli più limitati, questi ultimi sulla base di un campione, richiedendo la conferma ai creditori.

Particolare cura deve essere data ai criteri seguiti dall'azienda e ai controlli posti in essere per ricomprendere tutte le passività nella situazione contabile, rilevando i

debiti relativi a fatture ancora da ricevere che non siano state ricomprese nella situazione contabile.

Per i debiti di natura non commerciale, oltre alle verifiche su quelli di natura tributaria, andranno verificati i fondamenti contrattuali degli stessi, le garanzie operanti, l'esistenza di eventuali *covenants* ed il rispetto degli stessi o meno.

CONTENZIOSO SU DEBITI

Per quanto attiene ad eventuale contenzioso sui debiti, l'indagine dovrà essere estesa alla verifica degli importi contestati e il loro fondamento, le evidenze delle contestazioni e la loro giustificazione e documentazione probatoria, anche sotto il profilo giuridico, nonché l'esistenza di eventuali azioni esecutive in corso ed il loro stato di avanzamento.

In particolare, occorre verificare l'assenza o meno di sequestri e altre misure cautelative a carico dell'azienda.

7. PATRIMONIO NETTO

La verifica del patrimonio netto comprende l'analisi di regolarità sotto il profilo legale di tutte le componenti: capitale sociale, riserva legale, riserve statutarie, utili da esercizi precedenti, perdite, azioni proprie, *stock options*, fondi vari, ecc.

Cap. IV. CONSIDERAZIONI SULLE POSSIBILI FRODI IN AZIENDA

INTERCETTARE I RISCHI E APPROFONDIRE I RISVOLTI LEGALI LEGATI ALLE FRODI

PREMESSA

Nell'ambito della letteratura di *audit*, sono state analizzate le situazioni che favoriscono possibili frodi e fenomeni di cd. falso in bilancio.

Tenerne conto nell'ambito di una *due diligence* legale è molto importante, perché dietro alle frodi vi sono sempre potenziali rischi legali, e nella normalità dei casi il piano di lavoro relativo alla verifica parte proprio da diverse considerazioni, tra le quali sono incluse le indagini su alcune delle poste indicate in bilancio. Il limite di questo approccio può essere dettato dal fatto che non venga svolta alcuna indagine su ciò che non viene riportato nel bilancio, con le evidenti conseguenze.

L'*American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA) ha pubblicato, nell'ottobre 2002, lo *Statement on Auditing Standards* (SAS) N. 99 *Consideration of Fraud in a Financial Statement Audit* (SAS-99).

Questo documento mette in guardia gli analisti e li sollecita a indagare circa le tre condizioni che sono generalmente soddisfatte nei casi di frode (cd. *fraud triangle*):

- 1) Incentivi o pressioni esistenti che possono condurre a rappresentazioni fraudolente di poste di bilancio.
- 2) Opportunità di commettere atti fraudolenti, quali scarsi controlli interni.
- 3) L'attitudine degli individui a razionalizzare i loro comportamenti, quali il fine di far superare un periodo difficile all'azienda, superato il quale pianificano di annullare gli artifici contabili.

Il *management* ha l'abilità di perpetrare le frodi perché spesso è nella posizione di poter manipolare, direttamente o indirettamente, le scritture contabili e presentare false informazioni finanziarie.

Oltre a ciò, spesso le frodi commesse dal *management* avvengono grazie alla possibilità di superare o ricoprire i controlli che appaiono invece regolarmente funzionanti ed efficaci.

Lo *statement* SAS-99 fornisce esempi dei fattori di rischio per ciascuna delle condizioni del triangolo della frode: è opportuno che chi svolge la *due diligence* legale li conosca e ne verifichi la potenziale esistenza nell'ambito dell'indagine sull'azienda.

Gli esempi sono riportati qui di seguito raggruppati per ognuna delle condizioni.

FATTORI DI RISCHIO RICONDUCIBILI AL SISTEMA DI INCENTIVI E/O ALLE PRESSIONI SUBITE DAL MANAGEMENT

- La stabilità finanziaria o la profittabilità è minacciata da condizioni operative economiche, dell'industria o dell'entità aziendale quali (o indicate da):
 - un alto livello di competizione, o mercato saturo, accompagnato da marginalità in diminuzione
 - elevata vulnerabilità ai rapidi cambiamenti, quali i cambiamenti tecnologici, obsolescenza dei prodotti, o variazioni dei tassi di interesse
 - diminuzione significativa della domanda da parte della clientela e aumento delle imprese in crisi nel settore o nell'intera economia
 - perdite operative che rendono imminente la minaccia di fallimento, altre procedure concorsuali o di un *takeover* ostile
 - ricorrenti flussi di cassa negativi delle attività operative, o inability di generare flussi di cassa operativi mentre vengono dichiarati profitti e aumento degli utili
 - crescita rapida o profittabilità inusuale, specialmente se comparata a quella delle altre aziende del settore

- nuove regole contabili, statutarie o delle autorità regolatorie
- Eccessiva pressione esistente sul *management* di soddisfare le aspettative o le condizioni di terze parti dovute ai seguenti aspetti:
 - profittabilità o aspettative sul livello di *trend* degli analisti finanziari e degli investitori istituzionali, di creditori significativi, o altri soggetti esterni (particolarmente le aspettative che sono eccessivamente aggressive o irrealistiche), incluse aspettative create dal *management* stesso attraverso, per esempio, comunicati stampa eccessivamente ottimistici o messaggi circa i risultati periodici
 - necessità di ottenere aperture di credito o prestiti addizionali, o aumenti di capitale, al fine di rimanere competitivi, inclusa la necessità di finanziare considerevoli investimenti di capitale o costi di ricerca e sviluppo
 - abilità marginale di soddisfare le condizioni per la permanenza della quotazione di borsa, o altre condizioni relative ai *covenants* sul debito
 - effetto avverso, percepito o effettivo, nel riportare scarsi risultati finanziari su transazioni pendenti significative, quali alleanze di business o acquisizione di commesse importanti
- Le informazioni disponibili indicano che la situazione finanziaria personale del *management* o dei membri del consiglio di amministrazione è minacciata dalle performance finanziarie dell'entità che sorgono dalle seguenti situazioni:
 - interessi finanziari significativi nell'entità
 - una parte significativa dei loro compensi (*bonus*, *stock options*, partecipazione agli utili, KPOs (*Key Performance Objectives*, ovvero obiettivi di performance chiave) dipende dal raggiungimento contingente di obiettivi aggressivi relativi al prezzo di quotazione delle azioni, risultati operativi, posizione finanziaria, *cash flow*
 - garanzie personali su debiti contratti dall'azienda
- C'è una pressione eccessiva sul *management* o sul personale operativo per il raggiungimento degli obiettivi finanziari fissati dal consiglio di amministrazione

o dal *management*, inclusi gli obiettivi sui volumi di vendita o gli incentivi di profittabilità.

FATTORI DI RISCHIO COLLEGATI ALL'ESISTENZA DI OPPORTUNITÀ

- La natura del settore o le entità aziendali forniscono opportunità di redigere rendiconti finanziari fraudolenti che possono sorgere dalle situazioni seguenti:
 - transazioni significative con parti correlate al di fuori del corso ordinario del *business* o con entità correlate non soggette a *audit* o assoggettate a *audit* esterno
 - una presenza finanziaria forte o una abilità di dominare certi settori industriali che rende possibile all'entità di dettare termini o condizioni ai fornitori o ai clienti, che può determinare transazioni inappropriate o non in piena concorrenza
 - attività, passività, ricavi o costi basati su stime significative che implicano valutazioni soggettive o incertezze che sono difficili da corroborare
 - transazioni significative, inusuali, o altamente complesse, specialmente in prossimità della chiusura dell'esercizio finanziario, che pongono difficili domande a cui dare risposta sotto il profilo della sostanza rispetto alla forma
 - significative unità di *business* localizzate o gestite all'estero in giurisdizioni in cui vi sono differenti ambienti di *business* e culturali
 - significativi conti bancari o succursali o filiali in paesi cd. paradisi fiscali per i quali non pare esserci una chiara giustificazione e ragionevole necessità per il *business*
- Non c'è un controllo efficace del *management* a causa delle seguenti situazioni:
 - Il *management* è dominato da una sola persona o da un ristretto gruppo di *managers* (in aziende non famigliari) senza controlli indiretti o compensativi
 - supervisione inefficace dei processi di *reporting* finanziario e dei processi di controllo interno da parte del consiglio di amministrazione o del comitato di *audit* interno

- La presenza di una struttura organizzativa complessa o instabile, comprovata dalle seguenti situazioni:
 - difficoltà nel determinare l'organizzazione o gli individui che detengono interessi di controllo nell'entità
 - struttura organizzativa eccessivamente complessa che implica entità legali inusuali o linee di autorità manageriale insolite
 - elevato turnover del *senior management*, membri del consiglio di sorveglianza o del consiglio di amministrazione
- Le componenti del sistema di controlli interni è deficitario a causa di una delle seguenti ragioni:
 - monitoraggio inadeguato dei controlli, inclusi i controlli automatizzati e i controlli sui *reports* finanziari periodici infra-annuali
 - elevato *turnover* di personale amministrativo; personale di contabilità amministrazione e IT (*information technology*) inadeguato o inefficiente
 - sistemi di contabilità e informativi inefficienti

FATTORI DI RISCHIO COLLEGATI ALL'ATTITUDINE E/O ALLA RAZIONALIZZAZIONE DI CONDOTTE INAPPROPRIATE

I fattori di rischio che riflettono le attitudini a intraprendere o giustificare da parte del *management*, dei consiglieri di amministrazione o dei dipendenti - o la loro tendenza a razionalizzare – rendiconti finanziari fraudolenti, possono non essere suscettibili di osservazione da parte degli *auditors*. Ciò nonostante, l'*auditor* che si rende conto dell'esistenza di tali informazioni dovrebbe considerarle nell'identificare i rischi di false rappresentazioni rilevanti che sorgono da rendiconti finanziari fraudolenti. Per esempio, gli *auditors* potrebbero venire a conoscenza delle seguenti informazioni che potrebbero indicare fattori di rischio:

- Inefficace comunicazione, implementazione, supporto, o applicazione degli *standards* etici o dei valori aziendali da parte del *management*; comunicazione di valori aziendali o codici etici inappropriati

- Eccessiva partecipazione o preoccupazione, da parte del *management* non amministrativo/finanziario, sulla scelta dei principi contabili o circa la determinazione di stime significative
- Evidenze storiche di violazioni alle norme finanziarie o altre norme e regole, o reclami verso l'azienda, il suo *senior management*, o membri del consiglio di amministrazione, adducendo frodi o violazioni di leggi o regolamenti
- Eccessivo interesse da parte del *management* nel mantenere o aumentare la quotazione delle azioni o il *trend* dei profitti aziendali
- La pratica da parte del *management* di assumere impegni verso analisti finanziari, creditori, e altre terze parti formulando previsioni troppo aggressive o irrealistiche
- La mancanza, da parte del *management*, di correzioni tempestive alle anomalie o agli errori nei rendiconti
- L'interesse, da parte del *management*, nell'utilizzo di mezzi inappropriati al fine di minimizzare i profitti dichiarati per ragioni legate all'imposizione fiscale
- Tentativi ricorrenti di giustificare trattamenti contabili marginali o inappropriati, da parte del *management*, sulla base della scarsa rilevanza
- La relazione tra il *management* e l'*auditor* corrente, o quello precedente, è sforzata, come indica una delle seguenti situazioni:
 - controversie frequenti in tema di contabilità, *auditing*, o *reporting*
 - richieste irragionevoli all'*auditor*, quali limiti di tempo irragionevoli per il completamento dell'*audit* o la redazione del rapporto di *audit*
 - restrizioni formali o informali all'*auditor*, limitando in modo non appropriato l'accesso alle persone o alle informazioni, o l'abilità di comunicare efficacemente con il consiglio di amministrazione o il comitato di *audit*
 - comportamento dominante del *management* nei confronti dell'*auditor*, specialmente quando contempla tentativi di influenzare la portata del lavoro dell'*auditor* o la selezione o la prosecuzione di personale allocato - o di consulenti assegnati – sugli impegni di *audit*

Cap. V. INDICAZIONI OPERATIVE

INDICAZIONI OPERATIVE PER LA *DUE DILIGENCE* LEGALE

Sommario: 1. Indicazioni operative per la *due diligence* legale.

1. INDICAZIONI OPERATIVE PER LA *DUE DILIGENCE* LEGALE

Sulla base delle considerazioni espresse, emerge la notevole complessità della procedure di *due diligence* legale nelle aziende.

L'estrema variabilità delle situazioni oggetto di indagine non consente un approccio *standard*, ma richiede come primo passo una comprensione del *business* e dell'ambiente di riferimento dell'azienda e della proprietà, per poi identificare e analizzare i vari fasci di rapporti giuridici che fanno capo all'azienda, alla proprietà e ai terzi con i quali l'azienda ha relazioni.

Nonostante questa estrema variabilità delle situazioni concrete, è utile dotarsi di un'adeguata metodologia e di *check-lists* che facilitino un'analisi strutturata dei vari aspetti coinvolti in una procedura di *due diligence* legale.

Le *check-lists* non sono, per la natura stessa dell'ordinamento giuridico, un sussidio definitivo. Costituiscono un supporto che è giocoforza «dinamico» e soggetto a continui aggiornamenti in base all'esperienza professionale che si acquisisce nel tempo e alla dimensione normativa: la loro estensione e profondità, per quanto riguarda l'oggetto di indagine, sarà in continua evoluzione.

In appendice vengono riportate alcune *check-lists* esemplificative che illustrano una possibile impostazione delle aree da sottoporre a indagine nell'ambito di una *due diligence* legale.

Come tali, costituiscono solo un modello di partenza, che dovrà essere opportunamente integrato e aggiornato affinché risponda alle esigenze del caso concreto.

E' importante considerare che le *check-lists* non potranno mai sopperire alla puntuale comprensione delle caratteristiche dell'azienda e del suo contesto di riferimento, che costituisce il presupposto imprescindibile per una indagine seria degli aspetti legali e una corretta mappatura delle aree di responsabilità e, di conseguenza, dei rischi legali coinvolti.

PARTE II

OGGETTO DELLA *DUE DILIGENCE*

Cap. VI. LE OBBLIGAZIONI DI NATURA CONTRATTUALE

LE CARATTERISTICHE DELLE PRINCIPALI CATEGORIE DI OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

Sommario: 1. Condizioni generali e formulari; contratti normativi e contratti tipo. - 2. Contratti.

1. CONDIZIONI GENERALI E FORMULARI; CONTRATTI NORMATIVI E CONTRATTI TIPO

VERIFICA DI ESISTENZA E DI OPPORTUNITÀ

In alcuni settori, specialmente laddove i clienti sono costituiti da consumatori o utilizzatori finali, si fa largo uso di contratti generali e moduli o formulari.

In tali casi, occorre tener presente la regola fissata dall'art. 1370 c.c.⁹ che prevede che l'interpretazione, in caso di dubbio, debba farsi contro il predisponente.

Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto, o in moduli o formulari, sono soggette a disciplina specifica, e nel caso di contratti con i consumatori andrà tenuto conto del regime speciale di cui al codice del consumo.

CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO

Il codice disciplina l'efficacia delle condizioni generali di contratto all'art. 1341¹⁰.

⁹ Cod.civ., art. 1370: «*Interpretazione contro l'autore della clausola*. Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.»

Qualora l'azienda faccia riferimento a condizioni generali di contratto, andrà verificata la effettiva conoscibilità delle stesse. Nel caso di rapporti contrattuali con fornitori importanti che rinviano a condizioni generali di contratto, andranno verificate eventuali clausole che comportano uno squilibrio a carico dell'azienda.

MODULI E FORMULARI

In tema di accordo tra le parti, nel caso di contratti conclusi mediante moduli o formulari occorre fare riferimento all'art. 1342 c.c.¹¹, al rimando che questo articolo fa al secondo comma dell'art. 1341, nonché al regime di cui all'art. 1370 già esaminato.

¹⁰ Cod.civ., art. 1341: «*Condizioni generali di contratto*. (1) Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. (2) In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificatamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.»

¹¹ Cod.civ., art. 1342: «*Contratto concluso mediante moduli o formulari*. (1) Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in materia uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate. (2) Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente.»

CONTRATTI NORMATIVI E CONTRATTI TIPO

I contratti cd. «normativi» definiscono le clausole che le parti assumono l'obbligo di inserire nei futuri contratti, qualora siano conclusi.

In alcuni settori merceologici, specialmente nel settore delle cd. *commodities* (materie prime) si fa uso di «contratti tipo», ovvero contratti (spesso di fonte associativa) che prevedono l'intero regolamento contrattuale degli eventuali contratti futuri e non solo determinate clausole.

In tal caso, in occasione della *due diligence*, è opportuno verificare l'esistenza di particolari rischi legati alle previsioni dei contratti tipo o dei contratti normativi utilizzati nel settore, e verificarne la compatibilità con le clausole delle polizze assicurative.

ADEGUATEZZA E RISPONDEZZA AGLI OBBLIGHI NORMATIVI

E' opportuno, in sede di *due diligence* legale, verificare l'esistenza di moduli e formulari, la loro attualità e la loro compatibilità con il regime del codice del consumo nel caso di utilizzo con i consumatori.

2. CONTRATTI

CARATTERISTICHE PECULIARI AI SETTORI DI RIFERIMENTO

Per i contratti più rilevanti dovranno essere rilevati i dati essenziali: le parti, la data, l'oggetto, la durata e le modalità di eventuale rinnovo, l'esistenza di clausole risolutive espresse, i corrispettivi, i termini di pagamento.

In particolare, dovranno sempre essere esaminati i contratti *intercompany* (per le aziende appartenenti ad un gruppo), i contratti di consulenza, i contratti di licenza, nonché gli altri contratti rilevanti non attinenti strettamente all'attività caratteristica dell'azienda.

L'indagine dovrà anche analizzare i contratti assicurativi e finanziari (*bonding*, ecc.), incluse fidejussioni, garanzie, lettere di *patronage*, ecc.

In generale, dovranno essere prese in esame eventuali previsioni relative ai limiti al trasferimento del contratto, limitazioni di responsabilità, penali, garanzie, cause di risoluzione, legge applicabile e foro competente.

INIZIATIVA CONTRATTUALE E ITER DI FORMAZIONE

Una delle aree di maggiore rilevanza nell'ambito di una *due diligence* legale è costituita dall'esame delle caratteristiche dell'organizzazione legale aziendale.

Le realtà di maggiori hanno il loro ufficio legale interno, che spesso si occupa di interfacciare l'azienda con studi legali esterni specializzati nelle diverse discipline, mentre le aziende di dimensione più limitata si affidano a legali esterni.

In ambedue i casi, l'atteggiamento degli esponenti dell'azienda (*management* e proprietà) nei confronti dell'iniziativa contrattuale può essere passivo o proattivo. Nel primo caso, normalmente l'iniziativa contrattuale viene vista come un costo da sostenere e pertanto si tende, tutte le volte che è possibile, a trasferire l'iniziativa ed i relativi oneri alle controparti, spesso non curandosi di comprendere a fondo le previsioni contrattuali o addirittura dando poca importanza alle stesse. Nel secondo caso, l'approccio attivo dell'azienda può essere sintomatico di una maggiore attenzione alla gestione dei rischi e, in generale, di una maggiore oculatezza nella gestione.

La *due diligence* legale deve prendere anche in esame l'iter di formazione del contratto, e verificare se l'ufficio legale interno, o gli studi esterni, vengono coinvolti nelle fasi iniziali dei regolamenti contrattuali o solamente in uno stadio avanzato (o addirittura non vengono coinvolti durante l'iter, ma solo informati a cose fatte o, ancora peggio, solo a distanza di tempo in occasione di contenzioso o di problemi).

IN PARTICOLARE, SUI RIMEDI CONTRATTUALI PREVISTI

Spesso nei regolamenti contrattuali non vengono considerati con la dovuta attenzione i rimedi contrattuali più idonei all'attività dell'azienda e al caso specifico.

Non sono rari casi in cui aziende manifatturiere che realizzano impianti e opere, o altre prestazioni di durata, anche all'estero, prevedono per i casi di inadempimento clausole risolutive espresse o agiscono per la risoluzione, spesso con evidente autolesionismo e senza rendersene conto.

La *due diligence* deve rilevare se i rimedi contrattuali che l'azienda propone o accetta, siano adeguati alle esigenze del caso.

CONVENZIONI ARBITRALI

Una verifica a parte va effettuata sull'utilizzo delle convenzioni arbitrali (clausole compromissorie e compromessi), specialmente in ordine alle modalità del lodo arbitrale (rituale o meno) alla legge applicabile e ai criteri di giudizio.

LEGGE APPLICABILE E FORO COMPETENTE

Nel caso di contratti che implicano qualche criterio di collegamento con altri paesi, l'indagine deve comprendere la verifica circa le scelte sulla legge applicabile e sul foro competente. Nello svolgimento della *due diligence*, andranno segnalate scelte inopportune di giurisdizioni poco adatte o penalizzanti per l'azienda.

Cap. VII. LE OBBLIGAZIONI DI NATURA NON CONTRATTUALE

ANALISI DELLE PRINCIPALI IPOTESI DI RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

Sommario: 1. La responsabilità da prodotto difettoso. - 2. La responsabilità per concorrenza sleale. - 3. La responsabilità per danno ambientale. - 4. La responsabilità per violazioni alla proprietà intellettuale. - 5. La responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa. - 6. La responsabilità degli enti per le condotte illecite poste in essere dagli organi. - 7. Altre fonti di responsabilità extracontrattuale.

1. LA RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO

REGIME INTERNO

La responsabilità da prodotto rappresenta un'area importante da sottoporre a indagine sotto diversi profili. Mentre sotto il profilo strettamente inerente al diritto italiano la materia è scarsamente regolata dal codice civile (artt. 1494, 2050 e 2054) nella sua formulazione originaria, il vuoto sulla responsabilità extracontrattuale del produttore è stato poi colmato dalle norme che hanno ratificato le direttive comunitarie¹², con le quali si sono, in sostanza, identificate nuove fattispecie di responsabilità aquiliana in aggiunta a quelle previste dagli artt. 2043 e ss. c.c.

E' importante considerare che la responsabilità introdotta prescinde dalla colpa del produttore, o meglio di chi immette il prodotto sul mercato (anche

¹² D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224, in adeguamento alla direttiva CE n. 374/1985, successivamente integrata dalla direttiva n. 34/1999 recepita con D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 25 che ha esteso l'ambito ai prodotti agricoli

dell'assemblatore), e quindi si configura come una nuova fattispecie di responsabilità oggettiva.

In materia di responsabilità da prodotto difettoso permangono i regimi speciali per alcune categorie specifiche¹³.

REGIME INTERNAZIONALE

Ciò che però, in virtù della dimensione oramai comunitaria del mercato, è importante sottoporre a verifica in tema di responsabilità da prodotto difettoso, attiene alla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali disciplinata nel Regolamento cd. «Roma II»¹⁴.

La legge n. 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato presenta tre norme rilevanti circa la disciplina della responsabilità extracontrattuale, tra le quali l'art. 63 che attiene specificamente alla responsabilità per danno da prodotto. Questa disposizione non è però più applicabile per i casi disciplinati dal regolamento «Roma II», il quale pone delle norme comunitarie uniformi di diritto internazionale privato, che si applicano alle fattispecie di obbligazioni non contrattuali nei casi in cui si presentino dinnanzi all'autorità giudiziaria di uno Stato membro (ad eccezione della Danimarca). Il regolamento ha carattere universale, e si applica quindi anche quando le sue norme attribuiscono competenza alla legge di uno Stato terzo (quindi dei paesi non membri dell'Unione Europea e della Danimarca), fatte salve le eventuali convenzioni internazionali,¹⁵ purché non concluse esclusivamente tra due o più Stati membri.

¹³ L. 11 ottobre 1986 n. 713 in materia di produzione e vendita di cosmetici; L. 18 febbraio 1983 n. 46 e D.L. 27 settembre 1991 n. 313 sulla commercializzazione e fabbricazione dei giocattoli; diverse disposizioni sulla produzione di alimenti e farmaci.

¹⁴ Regolamento CE n. 864/2007, cd. «Roma II» entrato in vigore l'11 gennaio 2009.

¹⁵ In particolare, la Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla responsabilità per danni da prodotto difettoso del 2 ottobre 1973

Alla regola tradizionale di diritto internazionale privato in materia di illecito (*lex loci commissi delicti*), e al principio di applicazione della legge più favorevole al danneggiato (*Günstigkeitsprinzip*, accolto dalla Corte di Giustizia CE, accordando la facoltà di scelta alla vittima dell'illecito tra il paese dell'evento e il paese dell'azione), il Regolamento «Roma II» innova, non considerando rilevante (fatti salvi i casi di danni ambientali e i sinistri stradali o connessi alle violazioni di norme di sicurezza) il luogo della condotta.

Infatti, uno degli obiettivi di detto regolamento è quello di designare la medesima legge nazionale quale che sia il paese del giudice adito, al fine di favorire la prevedibilità dell'esito delle controversie, la certezza circa la legge applicabile e la libera circolazione delle sentenze. A queste esigenze, il regolamento mette a disposizione la cd. clausola di salvaguardia che fornisce «al giudice quel margine di discrezionalità che gli consente di perseguire la giustizia del caso concreto»¹⁶.

Con l'art. 14 il regolamento consacra il principio dell'autonomia della volontà (con alcuni limiti, ad es. violazioni delle regole sulla concorrenza e lesione dei diritti sulla proprietà intellettuale), superando l'impostazione originaria in cui la scelta della legge applicabile era limitata ad un accordo successivo al sorgere della responsabilità. In particolare, «se tutte le parti esercitano un'attività commerciale [possono convenire di sottoporre l'obbligazione ad una legge di loro scelta] anche mediante un accordo negoziato prima del verificarsi del fatto che ha determinato il danno».

¹⁶ Ilaria Pretelli, «Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile» a cura di Andrea Bonomi, Giappichelli, Torino, 2009, p. 416

I SOGGETTI POTENZIALMENTE RESPONSABILI PER I DANNI DA PRODOTTO DIFETTOSO

Nel sistema del regolamento, la responsabilità da prodotto difettoso viene riferita al «presunto responsabile» del danno cagionato, ed è quindi configurabile in capo al distributore e al venditore di un prodotto difettoso.

E' quindi importante approfondire l'indagine tanto nel caso si tratti di azienda produttrice, tanto nel caso di azienda meramente distributrice o, addirittura, puramente rivenditrice su *Internet*.

I CRITERI DI COLLEGAMENTO PREVISTI DAL REGOLAMENTO «ROMA II»

In via generale, il regolamento prevede una serie di criteri di collegamento, alcuni operanti «a cascata», che possono essere sintetizzati come segue:

- a) preminenza della volontà delle parti entro certi limiti;
- b) un collegamento principale con la *lex loci damni*;
- c) un collegamento secondario con la *lex domicilii communis*;
- d) una «clausola di salvaguardia» accessoria;
- e) una serie di collegamenti speciali per alcune fattispecie tipizzate negli artt. 5-13.

In deroga alla norma generale dell'art. 4 del regolamento, la responsabilità in conseguenza di danno da prodotto difettoso è disciplinata in modo specifico dall'art. 5, anche in considerazione del fatto che la maggior parte dei casi di danno da prodotto si verifica a distanza, e quindi possono verificarsi anche in luoghi casuali e non prevedibili.

Per quanto riguarda in modo specifico i danni da prodotto difettoso, il regolamento prevede i seguenti fattori di collegamento operanti «a cascata»:

- a) preminenza della volontà delle parti (entro certi limiti);
- b) la *lex domicilii communis*;
- c) la legge del paese in cui il prodotto è stato commercializzato, unitamente a uno dei seguenti elementi:
 - a. se il danneggiato è ivi residente abituale

- b. oppure, in mancanza, se in tale paese il prodotto è stato acquistato
- c. oppure, in mancanza, se in tale paese si è verificato il danno
- d) una «clausola di salvaguardia» accessoria e operante solo nei casi rimanenti, con la quale i giudici possono valutare discrezionalmente il paese con il quale la fattispecie presenta il collegamento più stretto.

Ci sono poi due criteri di collegamento per casi particolari:

- a) il commercio di beni usati, per i quali i “produttori” possono sottrarsi alla legge del paese di commercializzazione se dimostrano di non aver potuto ragionevolmente prevedere la commercializzazione del prodotto in tale paese;
- b) il commercio B2B (*business to business*), nel qual caso l’esistenza di una relazione contrattuale porta all’applicazione della *lex contractus* anche a fattispecie in cui si realizza simultaneamente un inadempimento contrattuale e un fatto illecito, risolvendo in radice la necessità di qualificare la natura della responsabilità.

PRODOTTI VENDUTI SU INTERNET

Una particolare attenzione dovrà essere data ai casi in cui i prodotti sono venduti su Internet, nel qual caso occorrerà coordinare l’art. 5 del regolamento «Roma II» con la norma di conflitto prevista dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, che viene richiamata espressamente nel considerando n. 35 del regolamento. La direttiva sul commercio elettronico accoglie il «principio dello Stato di origine», ovvero prevede l’applicazione della legge del Paese di origine.

A titolo esemplificativo si riportano alcuni esempi¹⁷ che illustrano l'importanza di un accordo preventivo sulla legge applicabile nel caso di rapporti tra soggetti esercenti attività commerciale:

- Un dispositivo per la prevenzione e lo spegnimento degli incendi fabbricato in Germania e installato su nave costruita in cantiere sud-coreano, poi consegnata ad armatore panamense, da questi noleggiata a società svedese: nel tragitto dalla Svezia al Belgio, mentre si trovava in acque territoriali olandesi, lo scoppio di un incendio a bordo aveva causato seri danni alla nave, dei quali l'assicuratore svedese, surrogandosi alla società svedese, aveva chiesto il risarcimento. Al giudice tedesco, l'assicuratore chiedeva la condanna al risarcimento del danno subito dall'imbarcazione a carico del fabbricante del dispositivo anti-incendio rivelatosi difettoso. La norma di conflitto tedesca, rinviando alla legge del luogo dell'evento, avrebbe comportato l'applicazione della legge olandese, che però non aveva alcuna attinenza con il caso specifico. I giudici tedeschi hanno applicato la legge tedesca richiesta dalla vittima, ritenendo che il luogo della condotta causale fosse da situare in Germania.
- Casi che riguardano il «*software*», che può essere considerato un prodotto, e il cui malfunzionamento può causare danni ingenti, come quando si tratta di *software* che regolano il traffico aereo o ferroviario.¹⁸

¹⁷ Ilaria Pretelli, «Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile» a cura di Andrea Bonomi, Giappichelli, Torino, 2009, p. 437

¹⁸ A. Zaccaria, *La responsabilità del «produttore» di software*, in Contratto e Impresa, 1993, pp. 294-314; G. Arcadu, G. Rinaldi Baccelli, *Prodotto difettoso e responsabilità per danni derivanti dall'esercizio del software*, in Riv. Dir. Comm., 1992, pp. 91-132 (non visionati)

SINTESI

In sintesi, il produttore sarà assoggettato alle seguenti leggi:

- a) La legge eventualmente prevista dall'autonomia contrattuale
- b) La legge dell'ordinamento in cui ha la propria «residenza abituale» ai sensi del regolamento
- c) La legge degli ordinamenti in cui il prodotto è commercializzato attraverso i canali distributivi
- d) In via residuale, sulla base della clausola di salvaguardia.

E' quindi fondamentale estendere l'indagine alle previsioni dei regolamenti contrattuali e alla disposizioni normative in materia di responsabilità da prodotto nei principali paesi di commercializzazione, al fine di identificare aree di responsabilità e criteri di imputazione di natura «oggettiva» o meno anche nei singoli paesi. La verifica andrà estesa alla possibilità di tutela assicurativa dei relativi rischi, e alla effettiva copertura o meno.

2. LA RESPONSABILITÀ PER CONCORRENZA SLEALE.

PRESUPPOSTI

In tema di responsabilità extracontrattuale, anche la responsabilità per concorrenza sleale rappresenta un'area da indagare nell'ambito della *due diligence*.

Gli aspetti più rilevanti da verificare riguardano la sussistenza delle seguenti fattispecie:

- 1) storno dei dipendenti in tempi recenti
- 2) illecita interferenza con gli altrui sistemi di distribuzione
- 3) vendite sottocosto
- 4) sottrazione di segreti aziendali altrui
- 5) denigrazione commerciale e imitazioni servili
- 6) appropriazione di pregi
- 7) false indicazioni geografiche

- 8) pratiche commerciali aggressive
- 9) pubblicità ingannevole

REGIME INTERNO

Le disposizioni del codice civile che rilevano sono quelle degli artt. 2598-2061¹⁹.

In particolare, l'art. 2598 c.c., al n. 3, reca una clausola generale,²⁰ una previsione generica di atto di concorrenza sleale che consiste, in buona sostanza, nella violazione dei doveri di correttezza professionale.

Com'è noto, in tema di illeciti concorrenziali ex art. 2598 il soggetto agente deve essere un imprenditore, ma la giurisprudenza riconosce in certi casi il risarcimento del danno all'impresa anche se l'atto è stato posto in essere da soggetti terzi non imprenditori.

Del risarcimento del danno ne tratta l'art. 2600 c.c.²¹, che prende in considerazione il dolo e la colpa.

¹⁹ Cod. Civ., Libro V, Titolo X Della disciplina della concorrenza e dei consorzi, Capo I Della disciplina della concorrenza, Sezione II Della concorrenza sleale, artt. 2598-2601

²⁰ Cod.civ., art. 2598: «*Atti di concorrenza sleale*. (1) Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; **3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.**»

²¹ Cod.civ., art. 2600: «*Risarcimento del danno*. (1) Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni (2043). (2) In tale

Vi sono, tuttavia, alcune fattispecie nelle quali la giurisprudenza ritiene che la responsabilità sorga solo in presenza del dolo, cioè della specifica intenzione di nuocere all'impresa concorrente. In tali casi, il dolo può essere desunto da circostanze oggettive: si fa, cioè, ricorso ad una presunzione di dolo.

Lo storno dei dipendenti, cioè l'attività di reclutamento dei dipendenti di un concorrente, ne è un esempio. I giudici ricercano l'indizio dell'*animus nocendi* quale sintomatico del dolo, e lo riscontrano in tutti quei casi in cui il reclutamento avviene non per soddisfare esigenze produttive, ma per danneggiare l'impresa concorrente (ad es. per carpire segreti aziendali, i nominativi dei clienti, ecc.).

CASISTICA

La casistica ricomprende tutte quelle ipotesi lesive in ambito concorrenziale, quali l'inadempimento di un patto di esclusiva per complicità di un terzo, il danno di reputazione ad opera di terzi non imprenditori, i danni da denigrazione dei prodotti ad opera di terzi estranei al rapporto di concorrenza.

L'evoluzione giurisprudenziale ha allargato l'area dei comportamenti lesivi al di là delle ipotesi di concorrenza sleale, configurandoli quali illeciti ex art. 2043 c.c.²²

REGIME INTERNAZIONALE

Anche in tema di concorrenza sleale opera il già citato Regolamento «Roma II», il cui art. 6 consente di individuare la legge applicabile agli atti di concorrenza sleale e alle restrizioni della concorrenza. Stante il superiore interesse dei consumatori, in questa materia la legge applicabile non è derogabile dalla volontà delle parti.

ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza (120 c.p.c.). (3) Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume (2727 ss.).»

²² G. Visintini, Trattato breve della responsabilità civile, CEDAM, Padova, III ed., 2005, p. 399

I fattori di collegamento previsti dal regolamento «Roma II» sono:

- 1) La legge del mercato
- 2) La *lex loci damni*
- 3) La *lex domicilii communis*
- 4) Il principio di prossimità

Ai fini del regolamento, per *lex loci damni* deve intendersi quella del «paese sul cui territorio sono pregiudicati, o rischiano di esserlo, i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori».

Per quanto riguarda le restrizioni alla concorrenza, la disciplina è contenuta nell'art. 6, par. 3, del regolamento, ai sensi del quale per «obbligazione extracontrattuale che deriva da una restrizione della concorrenza» devono intendersi le «violazioni della legislazione sulla concorrenza a livello sia nazionale che comunitario», in particolare le violazioni degli artt. 81 e 82 del Trattato CE.

3. LA RESPONSABILITÀ PER DANNO AMBIENTALE.

REGIME INTERNO

Specialmente per quanto attiene alle imprese manifatturiere, è opportuno estendere l'indagine alle responsabilità per danno ambientale e per violazioni alle leggi speciali a tutela della salute pubblica e contro le varie forme di inquinamento²³.

²³ Si ricordano le principali norme in vigore (riferimenti tratti da G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 3. ed., 2005, p.542): L. 13 luglio 1976 n. 615 cd. «anti-smog»; L. 10 maggio 1976 n. 319 cd. «legge Merli» a tutela delle acque dall'inquinamento; L. 31 dicembre 1982 n. 979 per la difesa del mare; L. 8 luglio 1976 n. 349 che ha istituito il Ministero per l'ambiente e introduce una nuova fattispecie di responsabilità civile verso lo Stato e gli enti pubblici territoriali per illecito ambientale; D. Lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 cd. «decreto

In particolare, la L. 349/1986 ha adottato, con l'art. 18, una sorta di clausola generale modellata a somiglianza dell'art. 2043 c.c.²⁴

In questa materia la legittimazione ad agire è stata attribuita anche alle associazioni di protezione ambientale in caso di inerzia della Pubblica Amministrazione, stante la natura pubblicistica del danno ambientale inteso come «danno collettivo», con una conseguente impostazione sanzionatoria e punitiva dei relativi illeciti penali e amministrativi.

La giurisprudenza²⁵ ha chiarito i rapporti tra la legislazione speciale anti-inquinamento e gli artt. 844 e 2043 c.c., riconoscendo il primato del codice civile.

Da sottolineare che il produttore di rifiuti tossici è comunque responsabile e non può esimersi affidando a terzi lo stoccaggio e lo smaltimento, rimanendo solidalmente responsabile con essi.

REGIME INTERNAZIONALE

Anche per quanto attiene al danno ambientale, è opportuno tenere presente che opera il già citato Regolamento «Roma II», e che la norma in materia di responsabilità per danno ambientale è l'unica del regolamento che accoglie l'applicazione della legge più favorevole al danneggiato (cd. *Günstigkeitsprinzip*), il

Ronchi» in attuazione di direttive comunitarie in materia di gestione dei rifiuti e degli imballaggi.

²⁴ L. 349/1986, Art. 18: «Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizione di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato...»

²⁵ Cass., 28 marzo 1980, n. 2963, in Giur. It., 1980, I, 1, 1871, citata in G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 3. ed., 2005, p.542

quale può scegliere tra la legge del luogo in cui si è verificato l'evento e quella del luogo della condotta.

4. LA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONI ALLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE.

ASPETTI GENERALI

In occasione di una *due diligence* è importante effettuare una ricognizione dei segni distintivi aziendali, dei diritti di proprietà intellettuale (marchi, brevetti, modelli e disegni, know-how, ecc.) e di diritti di autore (si ricorda che al *software* è riconosciuta tutela sotto tale disciplina).

Particolare attenzione andrà rivolta ai rapporti con i cd. *business partners* e licenziatari che utilizzano i diritti di proprietà intellettuale. In particolare, nel caso di contratti di licenza che prevedano canoni o *royalties* in misura variabile in relazione all'utilizzo dei diritti, è opportuno verificare lo stato degli eventuali importi dovuti e che gli stessi siano riportati nel bilancio e nella situazione contabile alla data di riferimento stabilita per l'indagine.

REGIME INTERNO

Una rilevante disciplina dei diritti di proprietà intellettuale è contenuta nel Codice della Proprietà Industriale, emanato con il D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

Ai fini che qui interessano, la procedura di *due diligence* dovrà verificare i limiti temporali delle privative oggetto di protezione. Nel caso dei marchi, che si differenziano dalle altre privative in quanto non soggetti a limiti temporali, occorrerà invece verificare che siano effettuati i rinnovi entro i termini di validità decorrenti dalla data del deposito della domanda²⁶.

²⁶ Termini di 10 anni ai sensi degli artt. 16 Cod. Propr. Ind. e 46 r.m.c.

Occorre però considerare che il diritto di marchio può estinguersi per una causa di nullità o di decadenza: le prime attengono a difetti originari del marchio o del deposito, mentre le cause di decadenza si riferiscono a difetti sopravvenuti del marchio o del suo uso.

Per i marchi in essere occorrerà quindi verificare, oltre alla validità dei segni e delle registrazioni, che non si sia in presenza di una delle seguenti cause di decadenza:

- 1) volgarizzazione, quando il marchio assume progressivamente il significato di parola del linguaggio comune
- 2) non uso effettivo per un periodo ininterrotto di cinque anni
- 3) decettività sopravvenuta, quando il marchio è divenuto idoneo a indurre in inganno il pubblico, in particolare circa la natura, la qualità o provenienza dei prodotti o servizi
- 4) sia divenuto contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume successivamente alla registrazione

REGIME INTERNAZIONALE

Gli artt. 8 e 13 del regolamento «Roma II» disciplinano il trattamento connesso ai diritti di proprietà intellettuale.

Il considerando n. 26 ricorda che la loro disciplina è tradizionalmente affidata alla *lex loci protectionis*, e il regolamento conferma questo trattamento per le violazioni nazionali. Stante la caratteristica dei diritti di proprietà industriale che hanno validità territoriale nazionale, la loro protezione è limitata a detto territorio: la disciplina della protezione e quella della sua violazione non possono essere disgiunte²⁷.

²⁷ Regolamento CE n. 864/2007 «Roma II», art. 8, par.1 «La legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da una violazione di un diritto di proprietà intellettuale è quella per il quale la protezione è chiesta»

Diversa è invece la sorte delle violazioni di un diritto di proprietà intellettuale comunitario: in virtù del territorio unitario nell'ambito dell'Unione Europea, non si può fare ricorso alla *lex loci protectionis*.

Nei casi in cui alcuni aspetti della relativa protezione non siano stati presi in esame dall'atto comunitario che disciplina i diritti in questione, occorre fare riferimento alla legge del paese in cui è stata commessa la violazione, come avviene nei casi di contraffazione del marchio comunitario.

Tale disciplina non si applica al diritto di autore, al quale dovrebbe essere riconosciuta tutela indipendentemente dal luogo della pubblicazione dell'opera.

5. LA RESPONSABILITÀ PER L'ESERCIZIO DI ATTIVITÀ PERICOLOSA.

PRESUPPOSTI

Nel caso l'azienda eserciti un'attività pericolosa (per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati) è importante verificare l'eventuale copertura assicurativa dei rischi ex art. 2050 c.c., indagando circa le condizioni previste in polizza e i casi di esclusione della copertura, l'adeguatezza dei massimali all'attività esercitata, l'esistenza di eventuali sinistri verificatisi in passato, definiti o meno.

Particolare attenzione andrà data anche alle eventuali comunicazioni di variazioni del rischio e alla facoltà di rivalsa.

L'indagine dovrà essere estesa alle procedure e alla verifica di adeguate coperture assicurative per danni causati da terzi in occasione di loro interventi (manutenzione, ecc.), di danni causati dal transito dei loro automezzi, di esercizio di altre attività nelle aree aziendali o presso terzi per conto dell'azienda.

Particolare attenzione dovrà inoltre essere rivolta ai regolamenti contrattuali e alle previsioni inerenti l'esclusione o la limitazione di responsabilità.

RIFERIMENTI

La disciplina della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose si trova anzitutto nell'art. 2050 del codice civile²⁸.

Nell'esercizio di tali attività (anche non professionali) la pericolosità è in *re ipsa* e il regime degli obblighi inerenti alla normale diligenza sarebbe insufficiente.

La fattispecie regolata dall'art. 2050 c.c. si configura come ipotesi di «responsabilità per rischio oggettivamente evitabile» o «responsabilità oggettiva intermedia», nel senso che si trova a metà strada tra la responsabilità per colpa e la responsabilità che incontra solo il limite del caso fortuito²⁹.

Per tali attività, la prova liberatoria, che costituisce causa di esonero della responsabilità, poggia sulla oggettiva esistenza di un'organizzazione tecnica astrattamente idonea a prevenire incidenti (cd. fatto tecnico)³⁰, oppure, come sostenuto da altra tesi, dà luogo a responsabilità di natura oggettiva, perché conta il fatto oggettivo che siano state adottate le misure tecniche più funzionali alla riduzione del pericolo in quel dato settore³¹.

²⁸ C.C., Libro IV, Titolo IX DEI FATTI ILLECITI, Art. 2050: «Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.»

²⁹ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, III ed., 2005, p. 834

³⁰ COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965 (non visionato, tratto da G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, III ed., 2005, p. 833)

³¹ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 48 ss., 275 ss. (non visionato, tratto da G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, III ed., 2005, p. 834)

6. LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI PER LE CONDOTTE ILLECITE POSTE IN ESSERE DAGLI ORGANI

DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231

Il decreto legislativo n. 231/2001³² espone a responsabilità gli enti dotati di personalità giuridica e non, per le condotte illecite poste in essere a loro vantaggio o interesse dagli organi.

Il decreto ha introdotto, per la prima volta, la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Tale responsabilità, che si aggiunge a quella della persona fisica autore materiale del reato, non richiede che l'ente abbia tratto concreto vantaggio, essendo sufficiente che gli autori materiali (amministratori, dirigenti, dipendenti, collaboratori o mandatar) abbiano agito nell'interesse dell'ente.

Con questa norma viene ampliata la responsabilità della società (e degli altri enti previsti dalla norma), che è esposta a una pluralità di sanzioni pecuniarie e in alcuni casi anche interdittive, per le quali risponde patrimonialmente in modo diretto degli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

La società ha però la possibilità di prevenire le conseguenze attraverso la predisposizione di fattori esimenti, tra i quali un ruolo decisivo è assunto da un documento che rappresenta il perno dell'azione di prevenzione: il «Modello di organizzazione e gestione».

Gli amministratori hanno l'obbligo di predisporlo nell'interesse dell'ente, ma anche per la propria tutela rispetto alle responsabilità per inerzia e negligenza.

³² Decreto legislativo n. 231/2001 «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.», pubblicato sulla GU n.140 del 19 giugno 2001 ed entrato in vigore il 4 luglio 2001

Ulteriori reati sono stati aggiunti a quelli previsti dal decreto originario nell'art. 25, tra i quali i delitti di falso, i nuovi reati societari, i reati connessi alla lotta al terrorismo e alle pratiche di mutilazione, i delitti contro la personalità individuale, sugli abusi di mercato, i reati di omicidio colposo o lesioni gravi in violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, nonché la ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro e beni di provenienza illecita. La responsabilità è stata estesa anche a illeciti derivanti da reati di natura colposa, e non più solo dolosa.

Tra i motivi di esonero della responsabilità per l'ente vi è l'affidamento, all'Organismo di Vigilanza (OdV, un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo) del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello, nonché di curarne l'aggiornamento.

La norma ha quindi introdotto un ulteriore apparato di vigilanza, la cui nomina viene effettuata dal Consiglio di amministrazione o, in mancanza, dall'organo dirigente.

Dopo la nomina, l'OdV deve provvedere a predisporre un regolamento con le regole per il suo corretto funzionamento.

SANZIONI.

Le sanzioni sono rappresentate da sanzioni pecuniarie (fissate per "quote", del valore individuale tra 258 e 1549 Euro, in numero da 100 a 1000), alle quali possono aggiungersi sanzioni interdittive, confisca del profitto e pubblicazione della sentenza. Le sanzioni possono arrivare fino a un milione e mezzo di Euro nei casi limite.

ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITÀ.

La società non è ritenuta responsabile se:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (delegati all'attuazione del modello sono normalmente gli amministratori);

- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un Organismo dell'ente dotato di poteri autonomi di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di Vigilanza.

Sono inclusi i reati commessi all'estero, e la società è sanzionabile anche se l'autore del reato non è identificabile. Inoltre, per la prima volta, viene introdotta una «presunzione di colpa» nel processo penale.

7. ALTRE FONTI DI RESPONSABILITÀ EXTRA-CONTRATTUALE

RESPONSABILITÀ PRE-CONTRATTUALE

Per quanto riguarda la responsabilità precontrattuale, nel caso di operazioni di acquisizione di azienda, rami d'azienda o partecipazioni, particolare attenzione andrà rivolta alla LOI (*Letter of intent*) o al MOU (*Memorandum of understanding*) siglato in relazione alla trattativa.

Il tenore e il contenuto di questi documenti non deve prestarsi a interpretazioni che possano far ritenere che un accordo è stato raggiunto, e devono inequivocabilmente precisare i limiti delle attività inerenti alle valutazioni e agli accertamenti in corso al fine di valutare la fattibilità dell'operazione che verrà eventualmente perfezionata solo successivamente.

In tema di responsabilità precontrattuale, operano gli artt. 1337 e 1338 c.c.³³ che richiamano al rispetto del comportamento secondo buona fede e all'obbligo di

³³ Libro IV, Titolo II Dei contratti in generale, Sezione I Dell'accordo delle parti:

informare la controparte di eventuali cause di invalidità del contratto conosciute o conoscibili.

art. 1337 «(*Trattative e responsabilità precontrattuale*). Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.»

art. 1338 «(*Conoscenza delle cause d'invalidità*). La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.»

Cap. VIII. LE OBBLIGAZIONI TRIBUTARIE

L'INDAGINE SUI RISCHI E SULLE POTENZIALI PASSIVITÀ DI NATURA TRIBUTARIA

Sommario: 1. Inquadramento delle principali obbligazioni tributarie. - 2. La responsabilità tributaria. – 3. Accertamenti e procedimenti deflattivi del contenzioso tributario.

1. INQUADRAMENTO DELLE PRINCIPALI OBBLIGAZIONI TRIBUTARIE

PREMESSE

La cd. «*tax due diligence*», ovvero la parte di verifica inerente agli aspetti fiscali, rappresenta una delle aree di indagine più ricorrenti in occasione di operazioni straordinarie.

La finalità principale dell'indagine in area fiscale è quella di verificare e quantificare le potenziali passività di natura tributaria derivanti dai rischi di accertamento, contenzioso e debiti per maggiori imposte, sanzioni ed interessi.

L'indagine nell'area fiscale non si limita ad identificare solo maggiori passività, ma si estende alla verifica degli eventuali crediti tributari e alla rilevazione di opportunità e benefici fiscali di cui l'acquirente potrebbe avvalersi.

Specialmente in occasione di operazioni di M&A, è frequente che venga inserita in contratto una clausola di garanzia a fronte delle passività potenziali di natura fiscale, in modo da limitare i rischi in capo alla controparte della società *target* e tenerla indenne da eventuali conseguenze fiscali legate alla condotta tenuta nel periodo precedente all'operazione.

Nella pratica, per l'indagine dell'area fiscale si ricorre sovente all'utilizzo di *check-list*, sia per acquisire un primo quadro informativo sul regime fiscale e sugli aspetti

tributari in relazione alle caratteristiche del *business*, sia per strutturare una serie di punti da trattare con il *management* e con i consulenti esterni al fine di verificare il corretto inquadramento dell'attività sotto il profilo fiscale.

In caso di operazioni di importanza marginale, la verifica degli aspetti fiscali si esaurisce spesso in un riscontro della regolarità formale della documentazione (dichiarazioni, versamenti, comunicazioni, ecc.), ma è opportuno verificare direttamente l'impostazione fiscale, l'impianto amministrativo-contabile e la rispondenza delle principali attività a rilevanza fiscale alle norme tributarie, caratterizzate da notevole frammentazione e complessità.

OGGETTO

Nell'ambito della *tax due diligence*, l'indagine può essere scomposta in diverse aree, tra le quali:

- a) Imposte dirette (inclusa IRAP)
- b) IVA (Imposta sul valore aggiunto)
- c) Adempimenti dei sostituti d'imposta
- d) Altre imposte, tasse e obbligazioni tributarie, inclusi gli oneri sociali

L'indagine verte sulle verifiche di natura formale, sugli accertamenti e i contenziosi tributari, sui rischi di passività relativi ai periodi d'imposta ancora aperti a possibili rettifiche che danno luogo, normalmente, a recuperi di imposta con l'applicazione di sanzioni e interessi.

VERIFICHE FORMALI

Nell'ambito delle verifiche di natura formale, vengono indagati diversi aspetti che devono includere almeno i seguenti:

- presentazione delle dichiarazioni nei termini
- effettivo versamento nei termini delle imposte e delle ritenute operate
- corretta compilazione delle dichiarazioni fiscali
- esistenza di eventuali dichiarazioni integrative o di ravvedimento operoso

Esempi di alcuni elementi solitamente presi in esame possono essere:³⁴

- 1) esistenza e corretta determinazione di eventuali perdite fiscali deducibili
- 2) esistenza e corretta rappresentazione di eventuali disallineamenti tra valore civilistico e valore fiscale dei beni
- 3) esistenza e corretta determinazione di eventuali deduzioni extra-contabili
- 4) eventuale effettuazione e correttezza delle scelte opzionali di tassazione operate dalle società (consolidato fiscale nazionale, consolidato fiscale mondiale, trasparenza)
- 5) aspetti ed elementi rilevanti in merito alle operazioni intracomunitarie ai fini IVA
- 6) verifica del pro-rata IVA di indetraibilità in presenza di operazioni esenti
- 7) verifica del *plafond* IVA se l'azienda opera quale esportatore abituale
- 8) verifica del trattamento dell'IVA di gruppo, se ve ne sono i presupposti
- 9) esame di eventuali istanze di interpello e di *ruling* internazionale

Le aree da sottoporre a indagine sono spesso suscettibili di estensione in relazione al tipo di attività svolta e alle caratteristiche dell'azienda.

ACCERTAMENTI E CONTENZIOSI TRIBUTARI

Al fine di stimare l'ammontare delle passività potenziali, l'analisi deve estendersi all'esame degli eventuali rilievi emersi nei verbali di contestazione e negli atti di accertamento o di rettifica.

E' opportuno che l'indagine prenda in esame non solo il contenzioso in essere, esaminando con cura le argomentazioni a difesa del contribuente nei ricorsi e negli altri atti difensivi, ma si estenda anche al contenzioso già concluso o definito in passato, che può fornire una maggiore conoscenza sui rischi fiscali e permette di

³⁴ S.LANTINO – P. CASUCCI – G. LIMIDO, *Acquisizioni di aziende e partecipazioni*, IPSOA, III ed., 2010

verificare se l'azienda abbia intrapreso le opportune misure per evitare ulteriori rischi analoghi in futuro.

In particolare, l'analisi del contenzioso e dei verbali può mettere alla luce eventuali comportamenti fraudolenti del *management* in ordine all'occultamento di ricavi o alla imputazione di costi fittizi.

IMPOSTE DIRETTE

Nell'ambito delle verifiche inerenti alle imposte dirette rientra anche l'IRAP, la cui base imponibile viene determinata separatamente rispetto all'imposta sul reddito (IRES o IRPEF a seconda dei casi).

Il reddito imponibile viene determinato partendo dal risultato del bilancio civilistico, apportando le variazioni in aumento e in diminuzione che riflettono le differenze tra i valori ai fini civilistici e quelli riconosciuti ai fini fiscali.

La verifica nell'area delle imposte dirette verterà pertanto sui seguenti aspetti:

- analisi e verifica dell'impostazione fiscale
- controlli di natura formale e sostanziale
- verifica del contenuto e della sussistenza delle variazioni in aumento e in diminuzione
- analisi delle voci di costo e ricavo potenzialmente rilevanti ai fini di contestazioni fiscali

Nell'ambito dei controlli normalmente effettuati in area fiscale, sono comuni i seguenti:

- 1) analisi e verifica delle dichiarazioni annuali, incluse ricevute di trasmissione
- 2) verifica di versamenti e compensazioni effettuate, incluso il rispetto dei termini
- 3) disamina della documentazione rilevante (bilanci, bilanci di verifica, note integrative, registri fiscali, libro assemblee e soci, fatture)
- 4) analisi delle contestazioni e del contenzioso fiscale, anche definito
- 5) analisi delle operazioni straordinarie effettuate
- 6) analisi delle transazioni intra-gruppo e con i soci

Spesso le indagini si estendono ad altre attività rilevanti, quali, ad esempio:

- 1) controlli a campione sulle fatture emesse e ricevute e relative registrazioni
- 2) verifica delle agevolazioni fiscali eventualmente godute dall'azienda
- 3) verifica e riconciliazione delle variazioni in aumento e in diminuzione
- 4) verifica del calcolo delle imposte differite (*deferred taxes: credit/liability*)
- 5) verifica dei criteri di riconoscimento dei ricavi e di imputazione dei costi
- 6) analisi degli ammortamenti e dei costi pluriennali
- 7) analisi e verifica del trattamento fiscale dei cd. *fringe benefits* ai dipendenti
- 8) verifica di operatività dell'attività in base al regime delle società cd. «di comodo»
- 9) analisi delle plusvalenze e minusvalenze
- 10) analisi e verifica delle sopravvenienze attive e passive
- 11) analisi del trattamento fiscale degli immobili e dei relativi costi
- 12) verifica e analisi dei criteri di calcolo e dei valori fiscali delle rimanenze
- 13) in generale, la deducibilità fiscale delle componenti di costo
- 14) analisi e verifica delle transazioni internazionali rilevanti

Una particolare attenzione merita la verifica di eventuali perdite fiscalmente utilizzabili, in quanto costituiscono un cuscinetto utile ad assorbire eventuali rettifiche fiscali: a fronte di eventuali riprese in aumento di reddito ai fini fiscali, l'azienda vedrà riconosciuta la possibilità compensarle con le perdite fiscali.

IMPOSTE INDIRETTE

La principale imposta indiretta che rileva nella maggior parte dei casi è l'IVA.

In aggiunta ad alcuni dei controlli già indicati per le imposte dirette, saranno opportune alcune verifiche specifiche al regime IVA, quali:

- 1) particolari problematiche relative alla determinazione del valore normale (che costituisce il valore imponibile) dei beni ceduti e delle prestazioni rese ai fini IVA
- 2) esame delle modalità di fatturazione

- 3) esame di documenti ricevuti che comportano l'obbligo di auto fatturazione da parte del cessionario
- 4) verifica della corretta detrazione dell'IVA sugli acquisti
- 5) esame delle fatture ricevute da soggetti residenti in paesi a fiscalità privilegiata (paesi nella cd. *black list*) suscettibili di mancato riconoscimento ai fini fiscali
- 6) esame delle procedure di fatturazione per le transazioni infra-gruppo
- 7) verifica delle aliquote IVA applicate e del pro-rata a fronte di operazioni esenti
- 8) esame e verifica delle operazioni intracomunitarie e delle dichiarazioni Intrastat

ADEMPIMENTI DEI SOSTITUTI D'IMPOSTA

La disciplina dei sostituti d'imposta prevede, in diversi casi, l'obbligo di operare ritenute a carico dei soggetti che erogano somme da assoggettare a tassazione.

Le ritenute operate possono essere a titolo di imposta, nel qual caso al percipiente delle somme vengono direttamente trattenute le somme dovute, oppure a titolo di acconto, nel qual caso le somme trattenute al percipiente saranno soggette a conguaglio, in più o in meno, in relazione all'obbligazione tributaria complessiva che emerge dalla dichiarazione dei redditi.

Le verifiche in ordine agli adempimenti gravanti sull'azienda in qualità di sostituto d'imposta riguardano essenzialmente gli obblighi di dichiarazione, di versamento e di attestazione delle ritenute operate.

Per tale motivo, fatti salvi casi di occultamento o di mancata registrazione in contabilità delle operazioni di pagamenti assoggettati a ritenute, non vi sono rischi particolari di passività potenziali di natura tributaria.

Tra le verifiche abitualmente effettuate, sono comuni le seguenti:

- 1) esame e verifica delle dichiarazioni annuali
- 2) verifica dei versamenti effettuati e del rispetto dei termini di scadenza
- 3) esame e riconciliazione del prospetto riassuntivo delle ritenute operate

- 4) controllo incrociato con i dati relativi ai compensi e ai contributi obbligatori erogati ai dipendenti
- 5) verifica del trattamento fiscale degli eventuali compensi in natura

CONTRIBUTI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

Sebbene i contributi previdenziali e assistenziali ricadano nell'area di verifica giuslavoristica, la loro natura tributaria e i risvolti legati alle ritenute fiscali operate sulle somme corrisposte comporta una parziale sovrapposizione con gli aspetti fiscali.

OPERAZIONI DI NATURA STRAORDINARIA

Le operazioni di natura straordinaria (cessioni d'azienda, di rami d'azienda e partecipazioni societarie, conferimenti, fusioni, scissioni, trasferimenti ecc.) richiedono verifiche specifiche per il rischio di riprese fiscali, specialmente in relazione alle norme anti-elusive.

Oltre a ciò, spesso presentano aspetti peculiari sotto il profilo del trattamento fiscale e sono disciplinate da norme specifiche.

Nell'ambito della *due diligence*, l'indagine deve essere svolta con particolare cura alle operazioni perfezionate negli anni ancora soggetti ad accertamenti o rettifiche da parte degli uffici.

ALTRE OBBLIGAZIONI DI NATURA TRIBUTARIA

A seconda del tipo di attività dell'azienda, sarà opportuno estendere l'indagine alle altre imposte (prevalentemente indirette) e tasse, e ad ogni altro presupposto per obbligazioni di natura tributaria (operazioni doganali, regimi semplificati di accertamento, ecc.)

2. LA RESPONSABILITÀ TRIBUTARIA

CARATTERISTICHE E TRATTI SALIENTI DELLA RESPONSABILITÀ TRIBUTARIA

Com'è noto, in ambito tributario occorre distinguere tra il «soggetto passivo», il «sostituto d'imposta»³⁵ e il «responsabile d'imposta»³⁶.

In questa sede, basti rilevare che i rappresentanti legali delle persone giuridiche sono tenuti ad una serie di obblighi e agli adempimenti formali richiesti dalla legge. In caso di inottemperanza rispondono solidalmente con i loro rappresentati, ma non rispondono del pagamento del tributo o, comunque, non sono tenuti ad adempiere con i propri mezzi secondo le regole dettate dal codice civile.

3. ACCERTAMENTI E PROCEDIMENTI DEFLATTIVI DEL CONTENZIOSO TRIBUTARIO

ACCERTAMENTI POSSIBILI

Una delle prime operazioni da svolgere riguarda l'individuazione dei periodi di imposta per i quali sono ancora possibili accertamenti o rettifiche, sia per le imposte dirette che per le imposte indirette.

³⁵ L'art. 64 del D.P.R. 600/73 definisce sostituto d'imposta colui che «in forza di disposizione di legge è obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri per fatti e situazioni a questi riferibili ed anche a titolo di acconto»: è il caso delle imprese, dei professionisti, ecc. che sono debitori del sostituito e che per tale ragione hanno l'obbligo di rivalsa nei suoi confronti.

³⁶ L'art. 64 del D.P.R. 600/73 definisce responsabile d'imposta colui che «in forza di disposizione di legge è obbligato al pagamento dell'imposta insieme con altri, per fatti e situazioni esclusivamente riferibili a questi.» E' obbligato al pagamento dell'imposta ed è tenuto, eventualmente, all'adempimento di altri obblighi e doveri fiscali: è il caso, ad es., del notaio per l'imposta di registro. Ha diritto di rivalsa.

Per i termini entro i quali gli avvisi di accertamento devono essere notificati, occorre fare riferimento alle norme fiscali: per le imposte sui redditi al D.P.R. n. 600/1973³⁷, per l'IVA al D.P.R. 633/1972³⁸

PROCEDIMENTI DEFLATTIVI DEL CONTENZIOSO

Nell'ambito della verifica è importante verificare se siano stati attivati, o se vi siano i presupposti per attivare, procedimenti deflattivi del contenzioso, quali accertamenti con adesione, istanze di interpello, istanze di disapplicazione di norme antielusive, ecc.

Tali procedimenti determinano una delimitazione delle potenziali passività di natura tributaria.

Naturalmente, nel caso di istanze di interpello e di disapplicazione, occorre verificare la situazione di fatto rispecchi le fattispecie e i presupposti indicati a fondamento delle istanze.

³⁷ Nel D.P.R. 600/1973 le norme sull'accertamento sono divise in gruppi: artt. 13-22 scritture contabili; artt. 23-30 ritenute alla fonte; artt. 31-45 accertamento e controlli; artt. 46-57 sanzioni. Dette norme sono state in parte sostituite da provvedimenti successivi

³⁸ E precisamente l'art. 57 del D.P.R. 633/1972

PARTE III

RESPONSABILITA' PER LA *DUE DILIGENCE*

Cap. IX. LA RESPONSABILITÀ DI CHI EFFETTUA LA DUE DILIGENCE

I REGIMI DI RESPONSABILITÀ DEL SOGGETTO CHE EFFETTUA LA DUE DILIGENCE

Sommario: 1. Il regime di responsabilità professionale. - 2. Casistica in alcune professioni. - 3. In particolare, il regime di responsabilità di revisori legali e società di revisione. - 4. Considerazioni sulla responsabilità del soggetto che effettua la *due diligence*

Per affrontare il problema legato alla responsabilità di chi effettua l'indagine, occorre partire dal tipo di *due diligence*. Il contesto nel quale si innesta la responsabilità può essere, infatti, sensibilmente diverso a seconda delle ragioni, del committente dell'incarico e del soggetto che lo svolge.

Una *vendor due diligence* preventiva, predisposta dalle risorse interne dell'azienda, avrà presupposti di imputazione della responsabilità differenti rispetto a una *due diligence* commissionata da un investitore istituzionale, nella quale un legale esterno cura l'indagine dei soli aspetti legali, unitamente ad altri professionisti che seguono gli altri aspetti oggetto della verifica.

Ugualmente, una *full due diligence* commissionata a una società di revisione, o a una società di consulenza, avrà un criterio di valutazione della responsabilità differente da una *limited due diligence* specifica per l'ambito legale, affidata ad uno studio legale esterno da parte di un soggetto che valuta i presupposti per un'acquisizione aziendale.

Di seguito vengono delineati i tratti del regime di responsabilità professionale, con un approfondimento specifico al regime di responsabilità applicabile alle società di revisione che, frequentemente, curano anch'esse l'esecuzione di *due diligence*.

1. IL REGIME DI RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

QUADRO DI RIFERIMENTO

Nel nostro ordinamento, un riferimento esplicito alla colpa professionale è contenuto nell'art. 43 c.p.³⁹, che cita la colpa-imperizia.

Nel codice civile, riferimenti alla colpa professionale sono contenuti nell'art. 2236⁴⁰, «la cui infelice formulazione ha creato molte incertezze interpretative e fraintendimenti»⁴¹.

Ad una lettura superficiale, la disposizione sembra introdurre un criterio di imputazione della responsabilità in forma attenuata nelle fattispecie caratterizzate da prestazioni che implicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ovvero solo in caso di colpa grave.

In realtà la disposizione si riferisce solo alla colpa professionale, quella che si concretizza nella mancata conoscenza e nella violazione di regole tecniche, ma non esclude l'operatività dei comuni criteri di imputazione della responsabilità sulla base dei principi generali enunciati nell'art. 1176 c.c.⁴², che si rifà ad una valutazione che tenga conto della natura dell'attività esercitata.

³⁹ Art. 43 c.p.: «*Elemento psicologico del reato*. Il delitto: è doloso [...]; è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o **imperizia**, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, [...]»

⁴⁰ Titolo III DEL LAVORO AUTONOMO, Capo II DELLE PROFESSIONI INTELLETTUALI, Art. 2236 c.c.: «*Responsabilità del prestatore d'opera*. Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.»

⁴¹ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, III ed., 2005, p. 275

⁴² Libro IV, Titolo III DELLE OBBLIGAZIONI IN GENERALE, Capo II DELL'ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI, Art. 1176 c.c.: «*Diligenza nell'adempimento*. (1) Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve

La nozione di colpa grave è stata intesa come palese violazione di regole professionali, errori grossolani e discutibili: in sintesi, l'errore professionale legato a problemi tecnici di speciale difficoltà è considerato una causa di esonero della responsabilità, purché non si concretizzi in una colpa grave, una evidente e grossolana incompetenza.

Sulla nozione di «imperizia» è intervenuta anche la Corte Costituzionale già nel 1973⁴³, la quale ha precisato la distinzione tra negligenza/imprudenza e imperizia, e ha confermato l'interpretazione dell'art. 2236 c.c. nel senso di una direttiva di attenuazione della responsabilità da colpa-imperizia nei casi in cui sia «collegata alla circostanza oggettiva ed eccezionale in cui la prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e non soltanto a condizioni personali o sociali del responsabile».

Il soggetto che effettua la *due diligence* è in colpa, in primo luogo, se è sfornito delle competenze tecniche specifiche: l'aver svolto un'attività senza avere le qualità per farlo configura la nozione di colpa grave.

Ma la colpa professionale è configurabile anche in tutte quelle ipotesi di trasgressione di regole codificate, a prescindere da qualsiasi indagine sui gradi di colpa.

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

Da quanto detto, è stato accolto il principio della graduazione della colpa in campo tecnico-professionale.

usare la diligenza del buon padre di famiglia. (2) Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.»

⁴³ Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, p.19 (non visionata, tratta da G. VISINTINI, op.cit.)

Nell'ambito delle professioni giuridiche, la diligenza richiesta nell'adempimento di un incarico può implicare anche il rispetto di obblighi accessori, facendosi riferimento ad un altro canone di valutazione, quello della correttezza, o meglio della buona fede in senso oggettivo⁴⁴. Tale responsabilità del professionista può essere fondata sulla violazione di un obbligo implicito della specifica professione, anziché di quello esplicitamente conferito dalle parti⁴⁵.

La responsabilità del professionista è configurabile anche nei casi di gravi trascuratezze e di grave scorrettezza nell'adempimento dell'incarico.

E' importante tenere presente che, benché l'obbligazione del professionista sia fondamentalmente un'obbligazione di mezzi e non di risultato, ciò non preclude la possibilità di configurare alcuni obblighi quali obblighi di risultato (ad es. quelli relativi al segreto e alla certificazione, o quelli delle visure a carico dei notai affermati dalla giurisprudenza): in tali casi, il richiamo alla diligenza non è utilizzabile, in quanto il semplice mancato raggiungimento del risultato implica inadempimento.

LA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE

Il regime della responsabilità extracontrattuale è quello dettato dalle disposizioni degli artt. 2043 e ss. del codice civile.

Sulla responsabilità per alcuni compiti dei sindaci delle società, disciplinata dall'art. 2407 c.c.⁴⁶, si è avuta un'evoluzione giurisprudenziale verso una responsabilità più

⁴⁴ Si vedano i riferimenti alla casistica sulla responsabilità dei notai in G. VISINTINI, op.cit., p. 318 e ss.

⁴⁵ Cass., 18 ottobre 1995, n. 10842, in *Danno e resp.*, 1996, p.204 (non visionata, tratta da G. VISINTINI, op.cit., p.325)

⁴⁶ Art. 2407 c.c.: «Responsabilità. (1) I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. (2) Essi sono responsabili solidalmente con gli

penetrante, in alcuni casi estesa al controllo di merito, chiamandoli addirittura a rispondere a titolo di concorso omissivo, come esprimono alcune recenti massime: «Ai fini della responsabilità dei sindaci di una società per azioni ex art. 2407 c.c., comma 2, l'obbligo di vigilanza dei sindaci non è limitato allo svolgimento di compiti di mero controllo contabile e formale, ma si estende anche al contenuto della gestione.⁴⁷»

L'obbligo di vigilanza, che nel caso dei sindaci riveste la natura di compito tecnico, ha comportato un maggior rigore da parte della giurisprudenza, affermando che detto obbligo non deve limitarsi ad un controllo formale, ma debba essere finalizzato a scoprire gravi carenze sostanziali nella gestione, e portando quindi ad un'affermazione della loro responsabilità extracontrattuale.

IL PARAMETRO DELLA DILIGENZA

La giurisprudenza⁴⁸ ha chiarito che, in tema di responsabilità professionale, il rapporto tra l'art. 1176 c.c. e l'art. 2236 c.c. è di integrazione e non di specialità: il professionista è tenuto alla diligenza del buon professionista ex art. 1176 c.c., secondo comma, ma quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà opera il parametro dell'art. 2236 c.c.

amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. (3) All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis e 2395.»

⁴⁷ Cass., 7 maggio 1993, n. 5263, in *Foro it.*, 1994, I, p.130 (non visionata, tratta da G. VISINTINI, op.cit., p.361)

⁴⁸ Cass., 15 gennaio 2001, n. 499, rv. 543135, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

La Cassazione si è espressa per una valutazione del comportamento del professionista alla stregua della *diligentia quam in concreto*⁴⁹.

In ogni caso, la limitazione di responsabilità ex art. 2236 c.c., secondo comma, attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza⁵⁰.

La valutazione della diligenza va poi adeguata alla natura dell'attività esercitata⁵¹.

Nel caso di professioni per il cui esercizio è richiesto un titolo di abilitazione professionale, la Cassazione ha chiarito che la responsabilità è rigorosamente personale, cioè riconducibile al singolo professionista⁵².

IL NESSO CAUSALE

Per affermare la responsabilità del professionista, la giurisprudenza esige comunque la prova del nesso causale, cioè la dimostrazione che in presenza di comportamento diligente del professionista il cliente non avrebbe patito il danno.

Nel caso specifico dello svolgimento della *due diligence*, sul terreno della causalità opera l'idoneità delle risultanze dell'indagine e delle informazioni ivi rappresentate a tratte in inganno i soggetti che vi hanno fatto affidamento, che possono essere anche terzi (investitori, promissari acquirenti, nuovi soci, ecc.) nei confronti dei quali opera una responsabilità extracontrattuale.

⁴⁹ Cass., 21 giugno 1983, n. 4245, rv. 429176, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

⁵⁰ Cass., 10 maggio 2000, n. 5945, rv. 536339 (conf. Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, rv. 573252), tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

⁵¹ Cass., 15 novembre 1982, n. 6101, rv. 423799, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

⁵² Cass., 29 novembre 2004, n. 22404, rv. 578142, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

L'ONERE DELLA PROVA

Qualora il professionista abbia eseguito la propria prestazione, l'onere di provare l'erroneità o l'inadeguatezza della prestazione ricevuta, il danno ed il nesso di causalità grava sul committente, mentre incombe sul professionista l'onere di dimostrarne l'adeguatezza o il ricorrere il caso fortuito o la forza maggiore⁵³.

Il committente ha l'onere di fornire la prova di sufficienti e idonei dati obiettivi, in base ai quali il giudice valuterà⁵⁴.

2. CASISTICA IN ALCUNE PROFESSIONI

DOTTORI COMMERCIALISTI

La Suprema Corte si è pronunciata in ordine alla negligenza di un dottore commercialista che abbia causato al cliente la perdita della *chance* di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria. Una volta accertato l'inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la situazione avrebbe avuto diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale, ha indicato i criteri per la liquidazione del danno, che deve essere valutato in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili.⁵⁵

⁵³ Cass., 24 novembre 2003, n. 17871, rv. 568408, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (IN APPENDICE)

⁵⁴ Cass., 18 giugno 1975, n. 2439, rv. 376325, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

⁵⁵ Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, rv. 551111, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

AVVOCATI

Sulla responsabilità specifica per gli esercenti la professione di avvocato, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare alcuni punti.

Anzitutto, in relazione alla prestazione oggetto del contratto con il cliente: di regola essa costituisce obbligazione di mezzi e non di risultato, ma non sempre.

Nel caso l'avvocato accetti l'incarico di svolgere un'attività stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale, la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi: egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione.⁵⁶

Nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'avvocato è tenuto ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente⁵⁷.

Rientra nell'oggetto della prestazione dovuta dall'avvocato il suo obbligo ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione⁵⁸.

NOTAI

Per il notaio richiesto della preparazione e stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare, la preventiva verifica della libertà e disponibilità del bene

⁵⁶ Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, rv. 558486, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

⁵⁷ Cass., 30 luglio 2004, n. 14597, rv. 575150, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO (in appendice)

⁵⁸ Cassazione civile sez. II, 27 marzo 2006, n. 6967, Giust. civ. Mass. 2006, 3, tratto da *Banca dati De Jure*, Dott. A. Giuffrè S.p.A. (in appendice)

e delle risultanze dei registri immobiliari attraverso la loro visura, costituisce, salvo espressa dispensa per concorde volontà delle parti, obbligo derivante dall'incarico conferitogli dal cliente. Fa quindi parte dell'oggetto della prestazione d'opera professionale, che si estende a quelle attività preparatorie e successive necessarie perché sia assicurata la serietà e certezza dell'atto giuridico da rogarsi.

Conseguentemente, l'inosservanza dei suddetti obblighi accessori da parte del notaio dà luogo a responsabilità "ex contractu" per inadempimento.⁵⁹

Non solo: anche se il notaio sia stato espressamente esonerato dalle visure, qualora abbia la conoscenza o anche il solo sospetto di un'iscrizione pregiudizievole gravante sull'immobile deve informare le parti⁶⁰.

3. IN PARTICOLARE, IL REGIME DI RESPONSABILITÀ DI REVISORI LEGALI E SOCIETÀ DI REVISIONE⁶¹

QUADRO DI RIFERIMENTO

Nell'ambito della revisione legale, il D. Lgs. 39/2010 ha innovato la precedente disciplina.

L'art. 15⁶², nella sua formulazione attuale, sancisce la responsabilità in solido tra i revisori e la società di revisione, e gli amministratori della società sottoposta a

⁵⁹ Cassazione civile sez. III, 28 novembre 2007, n. 24733, Giust. civ. Mass. 2007, 11, Vita not. 2008, 1, 356, tratto da *Banca dati De Jure*, Dott. A. Giuffrè S.p.A. (in appendice)

⁶⁰ Cassazione civile sez. III, 6 aprile 2001, n. 5158, Giust. civ. Mass. 2001, 736, Giur. it. 2001, 1206, Vita not. 2001, 953, tratto da *Banca dati De Jure*, Dott. A. Giuffrè S.p.A. (in appendice)

⁶¹ R. BAUER, *La nuova revisione legale nei sistemi di controllo societario*, IPSOA, Milano, 2011

⁶² D. Lgs. n. 39/2010 - Art. 15 «Responsabilità». (1) I revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti

revisione, nei confronti della società, dei soci e dei terzi che subiscono danni derivanti dall'inadempimento dei doveri.

Detta responsabilità si estende anche ai dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione.

Il Capo VIII del D. Lgs., intitolato «Sanzioni amministrative e penali», contiene le disposizioni (artt. 24-32) che disciplinano le sanzioni applicabili dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (art. 24) e dalla Consob (art. 26), le relative procedure e alcune fattispecie di reato (artt. 27-31), nonché alcune disposizioni comuni (art. 32) che prevedono l'aumento delle pene fino alla metà se deriva alla società di revisione, o alla società assoggettata a revisione, un danno di rilevante entità.

Dette disposizioni derivano da un accorpamento e dalla riformulazione di fattispecie presenti nel codice civile e nel TUIF⁶³.

In sostanza, il regime di responsabilità civile dei revisori si collega, oltre ai casi di dolo, al concetto di colpa negligenza e di colpa imperizia. Ciò ha rilevanza tutte le volte in cui alla colpa può essere imputata la causa di un effetto significativo sul giudizio espresso, il quale arreca conseguentemente un danno a terzi (art. 2047 c.c.).

dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato.

(2) Il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione contabile sono responsabili, in solido tra loro, e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati. Essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato.

3. L'azione di risarcimento nei confronti dei responsabili ai sensi del presente articolo si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento.»

⁶³ R. BAUER, *La nuova revisione legale nei sistemi di controllo societario*, IPSOA, Milano, 2011, pag. 425

Nella scelta del legislatore sono state uniformate le regole rivolte al collegio sindacale con quelle del revisore, abbandonando il precedente richiamo alla «diligenza del mandatario» il quale è stato sostituito invece con la previsione di «adempiere i propri doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico».

Il parametro utilizzato per valutare la perizia professionale è costituito dalle procedure di verifica stabilite dai principi di revisione, la cui mancata osservanza costituisce presupposto della colpa nei casi in cui ciò ha avuto conseguenze rilevanti sulla correttezza del giudizio espresso. Naturalmente, gli errori del revisore vanno considerati nell'ottica dell'obiettivo della revisione, che è quello di esprimere un giudizio professionale.

L'obbligazione del revisore è, in principio, un'obbligazione di mezzi e non di risultato, non essendo attribuibile al revisore l'obiettivo di rilasciare un risultato gradito al committente, costituito da un giudizio professionale positivo.

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

La società di revisione risponde nei confronti della società assoggettata a revisione sulla base del rapporto contrattuale sul quale si fonda l'incarico professionale.

E' prassi comune inserire nelle proposte di incarico alcune clausole limitative della responsabilità contrattuale della società di revisione, normalmente parametrize a un multiplo dei compensi di revisione pattuiti.

Non vi sono disposizioni che prevedano tali limitazioni, che poggiano quindi sull'autonomia delle parti.

LA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE

La responsabilità dei revisori si estende inoltre a tutti quei soggetti che, pur non essendo parti del regolamento contrattuale avente ad oggetto l'incarico di revisione, subiscono un danno causato dal revisore.

Tra tali i soggetti possono rientrare, oltre ai soci della società assoggettata a revisione, anche terzi quali banche, pubblica amministrazione, fornitori, ecc. che abbiano fatto affidamento sul giudizio di revisione e sulle informazioni contenute nel bilancio.

Rileva inoltre, nei rapporti con gli altri organi interni di controllo, la reciproca responsabilità di natura informativa, per la quale rispondono di mancanza o incompletezza delle informazioni fornite.

Altra fonte di responsabilità è la eventuale divulgazione di informazioni riservate, fatti naturalmente salvi i casi di specifiche norme o di richieste degli organi di vigilanza.

LA RESPONSABILITÀ PENALE

Il citato Capo VIII del D. Lgs. n. 39/2010, intitolato «Sanzioni amministrative e penali», contiene anche le disposizioni su alcune fattispecie di reato: falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale (art. 27), corruzione dei revisori (art. 28), impedito controllo (art. 29), compensi illegali (art. 30), Illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione (art. 31).

Oltre a questi reati specifici, il codice civile prevede alcuni reati riferibili a tutti i soggetti coinvolti nella gestione e controllo dell'azienda, e quindi anche al collegio sindacale nel caso in cui svolga compiti di revisione legale. La tabella seguente riepiloga detti reati⁶⁴:

Falsità
Art. 2621 c.c. False comunicazioni sociali

⁶⁴ R. BAUER, La nuova revisione legale nei sistemi di controllo societario, IPSOA, Milano, 2011, pag. 433

Art. 2622 c.c. False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori

Illeciti compiuti con omissione

Art. 2630 c.c. Omessa esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi

Art. 2631 c.c. Omessa convocazione dell'assemblea

Altri casi

Art. 2635 c.c. Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità

Art. 2636 c.c. Illecita influenza sull'assemblea

Art. 2637 c.c. Aggiotaggio

Art. 2638 c.c. Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza

4. CONSIDERAZIONI SULLA RESPONSABILITÀ DEL SOGGETTO CHE EFFETTUA LA DUE DILIGENCE

IL CASO SPECIFICO DELLA RESPONSABILITÀ PER INCARICHI DI *DUE DILIGENCE* FUORI DAL CONTESTO DELLA REVISIONE E CERTIFICAZIONE DEL BILANCIO

Nel caso di incarichi riguardanti procedimenti di *due diligence* non collegati alla revisione legale e alla certificazione del bilancio, il regime di responsabilità andrà ricavato sulla base dei principi generali sulla responsabilità professionale, integrati dall'eventuale applicazione analogica di alcune norme ricavate dalle disposizioni che disciplinano l'attività delle società di revisione legale e di certificazione dei bilanci⁶⁵.

Non si rileva giurisprudenza specifica su fattispecie di responsabilità collegate a incarichi di *due diligence* fuori dall'ambito della revisione legale, probabilmente anche in virtù del fatto che tale tipo di incarichi, ricorrenti nell'ambito delle operazioni di M&A (*merger & acquisition*), sono sovente appannaggio di società di revisione, di dipartimenti specializzati nelle operazioni di *corporate finance* nell'ambito delle banche commerciali, di banche d'affari (*merchant banks*), e studi legali specializzati in tale genere di attività.

E' possibile fare alcune considerazioni e tracciare i lineamenti della responsabilità del soggetto che effettua la *due diligence* sulla base del quadro di riferimento relativo alle professioni intellettuali in generale, e di quello relativo alle società di revisione in particolare.

⁶⁵ L. 23 novembre 1939, n. 1966 (Società fiduciarie e di revisione); D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136 (Certificazione dei bilanci); D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (Revisioni legali conti annuali e consolidati)

Di seguito una sintesi degli aspetti più rilevanti.

I PARAMETRI PER LA VALUTAZIONE DELL'IMPERIZIA

Il professionista è tenuto alla diligenza del buon professionista ex art. 1176 c.c., secondo comma, ma quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà opera il parametro dell'art. 2236 c.c.

L'art. 2236 c.c. si riferisce solo alla colpa professionale, quella che si concretizza nella mancata conoscenza e nella violazione di regole tecniche: attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, e non esclude l'operatività dei comuni criteri di imputazione della responsabilità sulla base dei principi generali enunciati nell'art. 1176 c.c., che si rifà ad una valutazione che tenga conto della natura dell'attività esercitata.

Il soggetto che effettua la *due diligence* è in colpa se è sfornito delle competenze tecniche specifiche: l'aver svolto un'attività senza avere le qualità per farlo configura la nozione di colpa grave.

La colpa professionale è configurabile anche in tutte quelle ipotesi di trasgressione di regole codificate, a prescindere da qualsiasi indagine sui gradi di colpa.

IL PARAMETRO DELLA BUONA FEDE

La diligenza richiesta nell'adempimento di un incarico può implicare anche il rispetto di obblighi accessori, facendosi riferimento ad un altro canone di valutazione, quello della correttezza, o meglio della buona fede in senso oggettivo.

Tale responsabilità può essere fondata sulla violazione di un obbligo implicito della specifica professione, anziché di quello esplicitamente conferito dalle parti.

NON SEMPRE L'INCARICO È UN'OBLIGAZIONE DI MEZZI

Sebbene l'obbligazione del professionista sia fondamentalmente un'obbligazione di mezzi e non di risultato, alcuni obblighi possono essere configurati quali obblighi di

risultato (ad es. quelli relativi al segreto e alla certificazione, o quelli delle visure a carico dei notai affermati dalla giurisprudenza).

Nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, il professionista è tenuto ai doveri di sollecitazione ed informazione del cliente: ha l'obbligo di offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una decisione consapevole.

I SOGGETTI RESPONSABILI

Per le professioni il cui esercizio richiede un titolo di abilitazione professionale, la responsabilità è rigorosamente personale.

Per i revisori e le società di revisione legale, la responsabilità è solidale con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Rispondono, solidalmente ed entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato, anche il responsabile della revisione e i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione.

L'azione di risarcimento si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione.

IL NESSO CAUSALE

Per affermare la responsabilità del professionista, è richiesta la prova del nesso causale, cioè la dimostrazione che in presenza di comportamento diligente del professionista il cliente non avrebbe patito il danno.

Nel caso della *due diligence*, sul terreno della causalità opera l'idoneità delle risultanze dell'indagine e delle informazioni ivi rappresentate a trarre in inganno i soggetti che vi hanno fatto affidamento, che possono essere anche terzi (investitori, promissari acquirenti,, nuovi soci, ecc.) nei confronti dei quali può operare una responsabilità extracontrattuale.

SOCIETÀ DI REVISIONE

L'obbligazione del revisore è, in principio, un'obbligazione di mezzi e non di risultato, non essendo attribuibile al revisore l'obiettivo di rilasciare un risultato gradito al committente, costituito da un giudizio professionale positivo.

Il precedente richiamo alla «diligenza del mandatario» è stato sostituito con la previsione di «adempiere i propri doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico».

LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ

E' prassi comune inserire nelle proposte di incarico alcune clausole, basate sull'autonomia delle parti, che normalmente limitano la responsabilità contrattuale della società di revisione fino a un multiplo dei compensi di revisione pattuiti.

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

La responsabilità dei revisori si estende inoltre a tutti quei soggetti che, pur non essendo parti del regolamento contrattuale avente ad oggetto l'incarico di revisione, subiscono un danno causato dal revisore: oltre ai soci della società assoggettata a revisione, anche terzi quali promissari acquirenti, nuovi soci, banche, pubblica amministrazione, fornitori, ecc. che abbiano fatto affidamento sul giudizio di revisione e sulle informazioni contenute nel bilancio.

Nei rapporti con gli altri organi interni di controllo, rileva la reciproca responsabilità di natura informativa, per la quale si risponde per la mancanza o incompletezza delle informazioni fornite.

La eventuale divulgazione di informazioni riservate, fatti naturalmente salvi i casi di specifiche norme o di richieste degli organi di vigilanza, costituisce altra fonte di responsabilità.

BIBLIOGRAFIA

- F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1997
- G. ARCADU, G. RINALDI BACCELLI, *Prodotto difettoso e responsabilità per danni derivanti dall'esercizio del software*, in Riv. Dir. Comm., 1992
- R. BAUER, *La nuova revisione legale nei sistemi di controllo societario*, IPSOA, Milano, 2011
- G. BIANCHI, *Amministratori e sindaci*, UTET, Milano, 2010
- L. CIAFARDINI – F. IZZO (a cura di), *Codice Civile annotato*, Simone, Napoli, XII ed., 2009
- COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965
- S. LANTINO – P. CASUCCI – G. LIMIDO, *Acquisizioni di aziende e partecipazioni*, IPSOA, III ed., 2010
- MICHAEL E. PORTER, *Vantaggio Competitivo*, Edizioni Comunità, Milano, III ed., 1988
- ILARIA PRETELLI, *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di Andrea Bonomi, Giappichelli, Torino, 2009
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, III ed., 2005
- ZACCARIA, *La responsabilità del «produttore» di software*, in Contratto e Impresa, 1993
- AA. VV., *La gestione degli studi professionali associati*, Buffetti, Roma, 1987

GIURISPRUDENZA

Sommario: 1. Giurisprudenza sulla responsabilità dei professionisti. - 2. Giurisprudenza sulla responsabilità delle società di revisione.

5. GIURISPRUDENZA SULLA RESPONSABILITÀ DEI PROFESSIONISTI

Nota: ove non diversamente indicato, le massime e il testo delle decisioni sono tratte dalla banca dati «De Jure» della Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.

1975

Cass., 18 giugno 1975, n. 2439, rv. 376325, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«Esercitata dal professionista l'attività in relazione al caso concreto prospettatoagli, e così eseguita la prestazione cui il professionista si era obbligato con la conclusione del contratto d'opera professionale, incombe al cliente, il quale assuma di avere subito un danno, l'onere di provare la difettosa inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno, mentre incombe al professionista l'onere di provare l'impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione. Per quanto riguarda la difettosità o la inadeguatezza della prestazione professionale, il cliente ha l'onere di fornire la prova di sufficienti e idonei dati obiettivi, in base ai quali il giudice valuterà se, in relazione al caso concreto, fosse sufficienti una preparazione professionale media ed una diligenza media nell'esercizio dell'attività professionale, o se, invece, fosse richiesto un impegno tecnico-professionale di livello superiore, implicando il caso concreto la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 cod. civ.), e se, quindi, la responsabilità del professionista sussista anche per colpa lieve o soltanto per colpa grave (oltre che per dolo). Per quanto riguarda l'onere probatorio a carico del professionista, questi è tenuto a provare (subordinatamente all'esito positivo della prova a carico del cliente) che l'imperfetta soluzione della prestazione è dovuta a forza maggiore o a caso fortuito.»

1982

Cass., 15 novembre 1982, n. 6101, rv. 423799, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«L'inadempimento del professionista va valutato alla stregua del dovere di diligenza che prescinde dal criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia e si adegua alla natura dell'attività esercitata. Pertanto, l'imperizia professionale presenta un contenuto variabile da accertare in relazione ad ogni singola fattispecie, rapportando la condotta effettivamente tenuta dal professionista alla natura ed alla specie dell'incarico professionale ed alle circostanze concrete in cui la prestazione si è svolta.»

1983

Cass., 21 giugno 1983, n. 4245, rv. 429176, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«Sebbene la prestazione d'opera professionale si risolva in prestazione di mezzi, e non di risultato, tuttavia in situazioni involgenti l'impiego di specifiche e squisite nozioni tecniche il professionista deve porre in essere i mezzi concettuali ed operativi che, in vista dell'opera da realizzare, appaiono idonei ad assicurare quel risultato che il committente e preponente si ripromette dall'esatto e corretto adempimento dell'incarico, con la conseguente valutazione del suo comportamento alla stregua della diligenza quam in concreto.»

2000

Cass., 10 maggio 2000, n. 5945, rv. 536339 (conf. Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, rv. 573252), tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«La limitazione della responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave a norma dell'art. 2236 cod. civ. si applica nelle sole ipotesi che presentino problemi tecnici di particolare difficoltà (perché trascendono la preparazione media o perché non sono stati ancora studiati a sufficienza, ovvero dibattuti con riguardo ai metodi da adottare) e, in ogni caso, tale limitazione di responsabilità attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, con la conseguenza che risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una

terapia medica provochi un danno per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione; la sussistenza della negligenza va valutata in relazione alla specifica diligenza richiesta al debitore qualificato dall'art. 1176, comma secondo, cod. civ. ed il relativo accertamento compete al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato.»

2001

Cass., 15 gennaio 2001, n. 499, rv. 543135, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«In tema di responsabilità professionale la relazione tra gli artt. 1176 e 2236 cod. civ. è di integrazione per complementarità e non già per specialità, cosicchè vale come regola generale quella della diligenza del buon professionista (art. 1176, comma secondo) con riguardo alla natura dell'attività prestata, mentre quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà opera la successiva norma dell'art. 2236 cod. civ., delimitando la responsabilità professionale al dolo o alla colpa grave.»

Cassazione civile sez. III, 6 aprile 2001, n. 5158, Giust. civ. Mass. 2001, 736, Giur. it. 2001, 1206, Vita not. 2001, 953, tratto da *Banca dati De Jure*, Dott. A. Giuffrè S.p.A.

«L'opera professionale di cui è richiesto il notaio non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto, ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti; pertanto, il notaio che abbia la conoscenza o anche il solo sospetto di un'iscrizione pregiudizievole gravante sull'immobile oggetto della compravendita deve informarne le parti, quando anche egli sia stato esonerato dalle visure, essendo tenuto comunque all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. e della buona fede.»

Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, rv. 551111, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«In tema di responsabilità professionale, (nella specie, di un dottore commercialista), La negligenza del professionista che abbia causato al cliente la perdita della chance di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria determina un danno per il quale non può, di regola, porsi

alcun problema di accertamento sotto il profilo dell'an – una volta accertato l'inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la situazione lamentata avrebbe subito, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale – ma solo, eventualmente, sotto quello del quantum, dovendo tale danno liquidarsi in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili, ed assumendo, come parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo (deducibile, quest'ultimo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta), ovvero ricorrendo a criteri equitativi ex art. 1226 cod. civ.»

2002

Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, rv. 558486, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«Di regola, le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale costituiscono obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, non per conseguirlo. Tuttavia, avuto riguardo all'attività professionale dell'avvocato, nel caso in cui questi accetti l'incarico di svolgere un'attività stragiudiziale consistente nella formulazione di un parere in ordine all'utile esperibilità di un'azione giudiziale, la prestazione oggetto del contratto non costituisce un'obbligazione di mezzi, in quanto egli si obbliga ad offrire tutti gli elementi di valutazione necessari ed i suggerimenti opportuni allo scopo di permettere al cliente di adottare una consapevole decisione, a seguito di un ponderato apprezzamento dei rischi e dei vantaggi insiti nella proposizione dell'azione. Pertanto, in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, secondo comma, cod. c. iv.), sussiste la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempire siffatta obbligazione, abbia omissis di prospettare al cliente tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento dell'azione, rinvenendo fondamento detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, decidendo nel merito ed affermando la responsabilità dell'avvocato il quale, nella formulazione di un parere stragiudiziale, aveva omissis di indicare al cliente che il diritto che questi intendeva far valere in

giudizio era prescritto, omettendo altresì di approfondire l'eventuale sussistenza di elementi e circostanze in grado di contrastare l'eventuale eccezione di prescrizione).»

2003

Cass., 24 novembre 2003, n. 17871, rv. 568408, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«In materia di esercizio di attività professionale, il professionista è responsabile anche per colpa lieve (art. 1176, secondo comma, cod. civ.) salvo che la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, in quanto in quest'ultimo caso egli è tenuto al risarcimento dei danni unicamente per dolo o per colpa grave (art. 2236, cod. civ.); inoltre, qualora il professionista abbia eseguito la propria prestazione, grava sul committente l'onere di provare l'erroneità o l'inadeguatezza della prestazione professionale ricevuta, il danno ed il nesso di causalità tra la prima ed il secondo, incombendo al professionista l'onere di dimostrare l'adeguatezza, ovvero che l'imperfetta esecuzione della prestazione è dovuta a caso fortuito o forza maggiore. (Nella specie, un imprenditore agricolo aveva chiesto il risarcimento dei danni da negligente svolgimento dell'attività professionale nei confronti di un veterinario che, nel quadro di un contratto di "monta", aveva accertato che una cavalla era gravida, escludendo tale stato dopo poche settimane; la S.C., in applicazione del succitato principio di diritto, ha ritenuto che, avendo il committente dimostrato la discordanza delle due diagnosi, incombeva sul professionista l'onere di dimostrare l'esattezza della prima e la sopravvenuta cessazione della gestazione).»

2004

Cass., 30 luglio 2004, n. 14597, rv. 575150, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«Nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'obbligo di diligenza da osservare ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1176, secondo comma, e 2236 cod. civ. impone all'avvocato di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto (anche), ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del

risultato, comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di richiederli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. A tal fine incombe su di lui l'onere di fornire la prova della condotta mantenuta, insufficiente al riguardo peraltro essendo il rilascio da parte del cliente delle procedure necessarie all'esercizio dello jus postulandi, stante la relativa inidoneità ad obiettivamente ed univocamente deporre per la compiuta informazione in ordine a tutte le circostanze indispensabili per l'assunzione da parte del cliente di una decisione pienamente consapevole sull'opportunità o meno d'iniziare un processo o intervenire in giudizio.»

Cass., 29 novembre 2004, n. 22404, rv. 578142, tratto da *Codice Civile annotato con la Giurisprudenza*, Simone, 2009, a cura di L. CIAFARDINI E F. IZZO

«la responsabilità nell'esecuzione di prestazioni per il cui svolgimento è necessario il titolo di abilitazione professionale è rigorosamente personale perché si fonda sul rapporto tra professionista e cliente, caratterizzato dall'intuitus personae, e perciò, anche se il professionista è associato ad uno studio, ai sensi dell'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, non sussiste alcun vincolo di solidarietà con i professionisti dello stesso studio né per l'adempimento della prestazione, né per la responsabilità nell'esecuzione della medesima.»

2006

Cassazione civile sez. II, 27 marzo 2006, n. 6967, Giust. civ. Mass. 2006, 3, tratto da *Banca dati De Jure*, Dott. A. Giuffrè S.p.A.

«La responsabilità professionale dell'avvocato, la cui obbligazione è di mezzi e non di risultato, presuppone la violazione del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, quello della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., da commisurare alla natura dell'attività esercitata. Inoltre, non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente (nella specie, del giudizio di appello), il danno derivante da eventuali sue omissioni (nella specie, redazione e notifica di un atto d'appello privo dell'indispensabile indicazione della data di udienza di comparizione) in tanto è ravvisabile, in quanto, sulla base di criteri necessariamente probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito, secondo un'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata ed immune da vizi logici e giuridici.»

Cassazione civile sez. III, 28 novembre 2007, n. 24733, Giust. civ. Mass. 2007, 11, Vita not. 2008, 1, 356, tratto da *Banca dati De Jure*, Dott. A. Giuffrè S.p.A.

«Per il notaio richiesto della preparazione e stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare, la preventiva verifica della libertà e disponibilità del bene e, più in generale, delle risultanze dei registri immobiliari attraverso la loro visura, costituisce, salvo espressa dispensa per concorde volontà delle parti, obbligo derivante dall'incarico conferitogli dal cliente e, quindi, fa parte dell'oggetto della prestazione d'opera professionale, poiché l'opera di cui è richiesto non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti, ma si estende a quelle attività preparatorie e successive necessarie perché sia assicurata la serietà e certezza dell'atto giuridico da rogarsi ed, in particolare, la sua attitudine ad assicurare il conseguimento dello scopo tipico di esso e del risultato pratico voluto dalle parti partecipanti alla stipula dell'atto medesimo. Conseguentemente, l'inosservanza dei suddetti obblighi accessori da parte del notaio dà luogo a responsabilità "ex contractu" per inadempimento dell'obbligazione di prestazione d'opera intellettuale, a nulla rilevando che la legge professionale non contenga alcun esplicito riferimento a tale peculiare forma di responsabilità, e, stante il suddetto obbligo, non è ontologicamente configurabile il concorso colposo del danneggiato ex art. 1227 c.c..»

6. GIURISPRUDENZA SULLA RESPONSABILITÀ DELLE SOCIETÀ DI REVISIONE

Nota: le seguenti massime e il testo delle decisioni sono tratte dalla banca dati «De Jure» della Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.

1993

Tribunale Torino, 18 settembre 1993

Parti: Soc. Ist. fiduciario centr. C. Soc. Kpmg e altro

Fonti: Giur. comm. 1994, II, 272 (nota di: ROMAGNOLI)

L'art. 12 d.P.R. n. 136 del 1975 non offre margini di dubbio sulla configurabilità in astratto unitamente alla responsabilità contrattuale (nel rapporto revisione - società) d'una concorrente responsabilità

extracontrattuale dei revisori nei confronti dei terzi estranei al rapporto negoziale è quindi configurabile la responsabilità della società di revisione che abbia cagionato un danno a terzi in conseguenza del negligente rilascio d'una redazione di certificazione del bilancio, quando la cattiva informazione da essa fornita si ponga quale "conditio sine qua" non della altrui lesione patrimoniale.

Tribunale Torino, 18 settembre 1993

Parti: Soc. Ist. fiduciario centr. C. Soc. Kpmg e altro

Fonti: Fallimento 1994, 203 (nota di: GIACALONE)

*Il commissario della liquidazione coatta amministrativa di una società fiduciaria è legittimato a promuovere azione di responsabilità nei confronti di una società di revisione che abbia mancato di predisporre diligentemente la relazione di certificazione dei bilanci della società, poi assoggettata alla procedura concorsuale. **Nei confronti dei creditori di una società sottoposta a revisione contabile, sussiste la responsabilità extracontrattuale della società di revisione, che non abbia adempiuto diligentemente al proprio compito, rilasciando la certificazione dei bilanci, pur avendo rilevato gravi irregolarità, e non informando delle stesse gli organi competenti, interni ed esterni alla società.***

Tribunale Torino, 18 settembre 1993

Parti: Soc. Ist. fiduciario centr. C. Soc. Kpmg e altro

Fonti: Giur. it. 1994, I,2, 655 (nota di: SANTARONI)

Il commissario liquidatore di una società fiduciaria è legittimato attivo all'esercizio dell'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti della società di revisione a tutela della massa dei creditori.

Tribunale Torino, 18 settembre 1993

Parti: Soc. Ist. fiduciario centr. C. Soc. Kpmg e altro

Fonti: Giur. it. 1994, I,2, 655 (nota di: SANTARONI)

Non è condizione sufficiente per esonerare la società di revisione (di una società fiduciaria) da responsabilità verso i terzi (e verso i fiduciari) l'aver indicato sia nel libro di revisione sia nella relazione di certificazione il fatto censurabile di operazioni di sollecitazione del pubblico risparmio avvenute

sia prima dell'invio (e della pubblicazione) del prospetto informativo sia successivamente alla scadenza dello stesso.

Tribunale Torino, 18 settembre 1993

Parti: Soc. Ist. fiduciario centr. C. Soc. Kpmg e altro

Fonti: Giur. it. 1994, I,2, 655 (nota di: SANTARONI)

*«È configurabile ai sensi del combinato disposto degli art. 1 e 12 d.P.R. n. 136 del 1975 e dell'art. 2043 c.c. una responsabilità extracontrattuale della società di revisione nei confronti di terzi danneggiati da una negligente certificazione. In tale caso **la cattiva informazione resa attraverso il rilascio della certificazione diventa "la conditio sine qua non" del danno ingiusto subito dal fiduciante poiché ha impedito a questi di scongiurare gli effetti della "mala gestio" degli amministratori della società fiduciaria.**»*

Tribunale Torino, 18 settembre 1993

Parti: Soc. Ist. fiduciario centr. C. Soc. Kpmg e altro

Fonti: Giur. it. 1994, I,2, 655 (nota di: SANTARONI)

Non è condizione sufficiente per esonerare da responsabilità la società di revisione, l'aver indicato nel libro di revisione la mancata comunicazione ai fiduciari, come richiesto da prospetto, circa la individuazione e la tipologia delle operazioni di cessioni di credito "pro soluto" relative ad operazioni di sollecitazione del pubblico risparmio, omettendo nel contempo di accertare in concreto (ad es. mediante verifica a campione) l'inadempienza e di attivarsi indirettamente (tramite il collegio dei sindaci) o direttamente per far cessare, mediante l'intervento della CONSOB, il comportamento abusivo della società fiduciaria a danno dei risparmiatori.

Tribunale Torino, 18 settembre 1993

Parti: Soc. Ist. fiduciario centr. C. Soc. Kpmg e altro

Fonti: Giur. it. 1994, I,2, 655 (nota di: SANTARONI)

La società di revisione ha l'obbligo di evidenziare in una apposita voce di bilancio il rischio patrimoniale derivante da un evento probabile, nel caso di specie l'irrogazione di una ammenda agli amministratori di così elevato ammontare da rendere altamente probabile ex art. 197 c.p. la responsabilità patrimoniale della società stessa. In ogni caso tale rischio

doveva quantomeno essere segnalato nelle note esplicative come "evento possibile".

Tribunale Torino, 18 settembre 1993

Parti: Soc. Ist. fiduciario centr. C. Soc. Kpmg e altro

Fonti: Giur. it. 1994, I,2, 655 (nota di: SANTARONI)

Non è condizione sufficiente per esonerare la società di revisione (di una società fiduciaria) da responsabilità verso i terzi (e verso i fiduciari) l'aver indicato sia nel libro di revisione sia nella relazione di certificazione il fatto censurabile di operazioni di sollecitazione del pubblico risparmio avvenute sia prima dell'invio (e della pubblicazione) del prospetto informativo sia successivamente alla scadenza dello stesso.

1995

Corte appello Torino, 30 maggio 1995

Parti: Soc. Kpmg Peat Marwick Fides C. Soc. Ist. fiduciario centr.

Fonti: Giur. it. 1996, I,2, 376

La correttezza e diligenza dell'attività svolta da una società di revisione contabile deve essere valutata non in relazione alla sola attività di certificazione del bilancio d'esercizio bensì con riferimento all'intera opera di controllo sulla società revisionata che si attua nell'arco temporale dell'intero esercizio.

Corte appello Torino, 30 maggio 1995

Parti: Soc. Kpmg Peat Marwick Fides C. Soc. Ist. fiduciario centr.

Fonti: Giur. it. 1996, I,2, 376

Costituisce comportamento negligente, da parte della società di revisione, il rilascio della certificazione del bilancio di una società fiduciaria laddove essa abbia omissso il controllo incrociato sui conti dei fiduciari basandosi sulla presunta esistenza del segreto fiduciario oppostole dalla società fiduciaria revisionata .

Corte appello Torino, 30 maggio 1995

Parti: Soc. Kpmg Peat Marwick Fides C. Soc. Ist. fiduciario centr.

Fonti: Giur. it. 1996, I,2, 376, Giur. comm. 1996, II, 492 (nota di: VALENSISE), Danno e resp. 1996, 367 (nota di: VALENSISE)

La società di revisione è tenuta ad informare il collegio sindacale dei fatti censurabili riscontrati nell'attività di controllo della società revisionata; costituisce fatto censurabile ogni fatto irregolare o illecito compiuto da persone od organi della società derivante da deviazioni dalla norma giuridica o dalla norma statutaria che abbia un effetto rilevante ai fini del bilancio.

Corte appello Torino, 30 maggio 1995

Parti: Soc. Kpmg Peat Marwick Fides C. Soc. Ist. fiduciario centr.

Fonti: Giur. it. 1996, I,2, 376

La certificazione del bilancio non può essere rilasciata allorquando la stessa società di revisione sollevi delle riserve che non siano relative ad aspetti marginali dell'attività societaria, e quindi ininfluenti sul giudizio finale di correttezza del bilancio che si concretizza nella certificazione del bilancio; il rilascio della certificazione, infatti, costituisce il risultato concreto di un giudizio positivo espresso dalla società di revisione in ordine all'attività svolta dalla società revisionata

1998

Corte appello Milano, 07 luglio 1998

Parti: Soc. Carraro e altro C. Soc. Arthur Andersen

Fonti: Società ' 1998, 1171 (nota di: SALAFIA)

L'attività di revisione è attività intellettuale che non può ridursi alla meccanica ed impersonale applicazione di criteri contabili, con l'effetto di applicare ad essa la disciplina dettata per le prestazioni d'opera intellettuale, nella misura in cui è compatibile con l'organizzazione societaria per mezzo della quale la suddetta attività viene svolta e con l'ulteriore effetto di richiedere al revisore la speciale diligenza che impone l'art. 1176, comma 2 c.c., cui rinvia l'art. 1710 c.c. richiamato implicitamente dall'art. 2407 c.c., al quale rinvia a sua volta l'art. 1 d.P.R. n. 136 del 1975.

Corte appello Milano, 07 luglio 1998

Parti: Soc. Carraro e altro C. Soc. Arthur Andersen

Fonti: Società ' 1998, 1171 (nota di: SALAFIA)

Il metro di diligenza cui commisurare la legittimità dell'ordinario operato del revisore deve essere ricondotto in linea di massima ai principi di revisione del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti, pur con la precauzione che la codificazione dei principi di revisione non esaurisce l'ambito dei parametri in base ai quali deve effettuarsi la revisione .

Corte appello Milano, 07 luglio 1998

Parti: Soc. Carraro e altro C. Soc. Arthur Andersen

Fonti: Società ' 1998, 1171 (nota di: SALAFIA)

La diligenza del revisore deve essere accertata non solo con riferimento alla sua responsabilità contrattuale, ma anche relativamente a quella extracontrattuale, in quanto dall'art. 12 d.P.R. n. 136 del 1975 derivano sia una responsabilità contrattuale, sia una responsabilità extracontrattuale a tutela, quest'ultima, dei terzi estranei al rapporto negoziale di revisione e certificazione, ma pregiudicati dalle modalità esecutive e di adempimento delle relative obbligazioni.

Corte appello Milano, 07 luglio 1998

Parti: Soc. Carraro e altro C. Soc. Arthur Andersen

Fonti: Vita not. 1999, 273

La diligenza cui commisurare la legittimità dell'ordinario operato del revisore, che deve essere stabilita in base ai principi di revisione, non esaurisce l'ambito dei parametri in base ai quali deve effettuarsi la revisione.

Corte appello Milano, 07 luglio 1998

Parti: Soc. Carraro e altro C. Soc. Andersen

Fonti: Giur. comm. 2000, II, 425 (nota di: CONTE)

Nel caso in cui una società di revisione abbia violato i propri doveri di diligenza, non facendo emergere gli estremi che avrebbero permesso alla società acquirente delle quote di una società oggetto di revisione, di poter

recedere dal contratto preliminare di compravendita delle quote, essa risponderà a titolo di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'acquirente stessa per il danno cagionato.

Consiglio Stato sez. VI, 28 aprile 1998

Numero: n. 570

Parti: Soc. Hodgson Landan Brands C. Consob

Fonti: Foro Amm. 1998, 1133 (s.m.)

In conformità della direttiva del Consiglio Ce 10 aprile 1984 n. 253, il regime sanzionatorio per la violazione delle norme sull'attività di certificazione è applicabile alle persone fisiche che svolgono l'attività in nome di una società di revisione, in forza dell'obbligo, gravante sulle stesse persone, di eseguire la revisione contabile e gestionale sugli atti di bilancio societario, con "diligenza professionale". Nè è richiesta l'iscrizione di tali soggetti nel registro dei revisori contabili, come desunto dal d.lg. 27 gennaio 1992 n. 88, art. 20.

1999

Tribunale Milano, 21 ottobre 1999

Parti: Soc. fin.GE.M. C. Ferruzzi e altro

Fonti: Giur. it. 2000, 554

*Se una società di revisione viola obblighi ad essa imposti dalla legge, va ravvisata in capo ad essa, sia in caso di revisione obbligatoria sia in caso di revisione volontaria, **non solo una responsabilità di natura contrattuale verso la società che ha conferito l'incarico della revisione, ma anche una responsabilità di natura extracontrattuale verso i terzi (investitori, finanziatori, soci) qualora questi, facendo legittimo affidamento sul risultato delle verifiche compiute con la revisione e dunque sulla particolare attendibilità della situazione economico patrimoniale della società quale rappresentata dai bilanci revisionati, siano stati indotti a concludere dei contratti che, senza la falsa o negligente certificazione, non avrebbero posto in essere ed in definitiva qualora detti terzi siano stati lesi nel loro diritto ad una libera e corretta attività negoziale concernente il proprio patrimonio con conseguente pregiudizio di questo.***

Tribunale Milano, 21 ottobre 1999

Parti: Soc. fin.GE.M. C. Ferruzzi e altro

Fonti: Giur. it. 2000, 554

La società di revisione può utilizzare i risultati del lavoro di revisori secondari, che non siano stati da lei incaricati, assumendosene la responsabilità, a condizione di potere esaminare, oltre alla relazione di certificazione, la documentazione di lavoro dei revisori secondari e la loro valutazione del sistema di controllo interno alla società revisionata, nonché di poter ottenere informazioni dai medesimi ed all'occorrenza anche dall'entità esaminata e di sottoporle alle necessarie verifiche.

2002

Cassazione civile sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403

Parti: Soc. Andersen Arthur C. Soc. Carraro e altro

Fonti: Giust. civ. Mass. 2002, 1258

È configurabile, ricorrendo i presupposti previsti dall'art. 2043 c.c., la responsabilità extracontrattuale di una società di revisione, per i danni derivati a terzi dall'attività di controllo e di certificazione del bilancio di una società quotata in borsa, anche nell'ipotesi di revisione volontaria, effettuata su incarico della società medesima. (Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto la responsabilità extra - contrattuale della società di revisione per l'erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società, compiuta su incarico di quest'ultima, nei confronti degli acquirenti delle quote societarie relative, che non avrebbero stipulato il contratto definitivo, esercitando il diritto di recesso stabilito nel preliminare, ove avessero conosciuto il reale e inferiore valore della società).

Cassazione civile sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403

Parti: Soc. Andersen Arthur C. Soc. Carraro e altro

Fonti: Giust. civ. Mass. 2002, 1258, Società ' 2002, 1513 (nota di: SALAFIA), Giust. civ. 2003, I,2876

La solidarietà passiva, stabilita dall'art. 2055 c.c. a favore del danneggiato nell'ipotesi di fatto dannoso imputabile a più persone, postula l'unicità del danno configurabile, pur in presenza di più azioni od omissioni costituenti illeciti distinti, dovendo invece escludersi tale solidarietà se le condotte

realizzate da più soggetti hanno leso separatamente interessi diversi del danneggiato. (Nella specie, avendo una società di revisione, con un'infedele certificazione, arrecato danni ai promissari acquirenti di quote di una società, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la solidarietà passiva tra la società di revisione e i venditori delle quote societarie, attesa la differenza sussistente tra il danno derivante dall'erronea certificazione dello stato patrimoniale della società - in seguito al quale i promissari acquirenti non avevano valutato l'antieconomicità della futura gestione e quindi non avevano esercitato il diritto di recesso previsto nel preliminare - e il danno derivante dalla violazione del sinallagma contrattuale per aver pagato una somma non congrua per le quote sociali acquistate).

Cassazione civile sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403

Parti: Soc. Andersen C. Soc. Carraro e altro

Fonti: Società ' 2002, 1513 (nota di: SALAFIA), Giust. civ. 2003, I,2876

È configurabile, ricorrendo i presupposti previsti dall'art. 2043 c.c., la responsabilità extracontrattuale di una società di revisione, per i danni derivati a terzi dall'attività di controllo e di certificazione del bilancio di una società quotata in borsa, anche nell'ipotesi di revisione volontaria, effettuata su incarico della società medesima. (Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto la responsabilità extracontrattuale della società di revisione per l'erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società, compiuta su incarico di quest'ultima, nei confronti degli acquirenti delle quote societarie relative, che non avrebbero stipulato il contratto definitivo, esercitando il diritto di recesso stabilito nel preliminare, ove avessero conosciuto il reale e inferiore valore della società).

Cassazione civile sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403

Parti: Soc. Andersen C. Soc. Carraro e altro

Fonti: Danno e resp. 2003, 537 (nota di: ADDANTE)

La solidarietà passiva, stabilita a favore del danneggiato nell'ipotesi di fatto dannoso imputabile a più persone, postula l'unicità del danno configurabile, pur in presenza di più azioni od omissioni costituenti illeciti distinti, dovendo invece escludersi tale solidarietà se le condotte realizzate da più soggetti hanno leso interessi diversi del danneggiato. (Nella specie, avendo una

società di revisione con un'infedele certificazione, arrecato danni ai promissari acquirenti di quote di una società, è stata confermata la sentenza di merito che aveva escluso la solidarietà passiva tra la società di revisione e i venditori delle quote societarie, attesa la differenza sussistente tra il danno derivante dall'erronea certificazione dello stato patrimoniale della società, in seguito al quale i promissari acquirenti non avevano valutato l'antieconomicità della futura gestione e quindi non avevano esercitato il diritto di recesso previsto nel preliminare, e il danno derivante dalla violazione del sinallagma contrattuale per aver pagato una somma non congrua per le quote sociali acquistate).

Cassazione civile sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403

Parti: Soc. Andersen C. Soc. Carraro e altro

Fonti: Foro it. 2003, I,2147, Giur. comm. 2003, II, 441 (nota di: DI MARCELLO)

La responsabilità extracontrattuale di una società di revisione, per i danni derivati a terzi dall'attività di controllo e di certificazione del bilancio di una società quotata in borsa, sussiste anche nell'ipotesi di revisione volontaria, effettuata su incarico della società medesima (nella specie, è stata confermata la sentenza di merito che aveva ritenuto la responsabilità extracontrattuale della società di revisione per l'erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società, compiuta su incarico di quest'ultima, nei confronti degli acquirenti delle quote societarie relative, che non avrebbero stipulato il contratto definitivo, esercitando il diritto di recesso stabilito nel preliminare, ove avessero conosciuto il reale e inferiore valore della società).

Cassazione civile sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403

Parti: Soc. Andersen C. Soc. Carraro e altro

Fonti: Foro it. 2003, I,2147

La solidarietà passiva, prevista a favore del danneggiato nel l'ipotesi di fatto dannoso imputabile a più persone, postula l'unicità del danno configurabile, pur in presenza di più azioni od omissioni costituenti illeciti distinti e va esclusa se le condotte realizzate da più soggetti hanno leso separatamente interessi diversi del danneggiato (nella specie, è stata confermata la sentenza di merito che aveva escluso la solidarietà passiva tra una società di revisione, che con un 'infedele certificazione aveva arrecato danni ai promissari acquirenti di quote di una società, e i venditori delle quote stesse,

attesa la differenza sussistente tra il danno derivante dall'erronea certificazione dello stato patrimoniale della società, in seguito alla quale i promissari acquirenti non avevano valutato l'antieconomicità della futura gestione e quindi non avevano esercitato il diritto di recesso previsto nel preliminare, e il danno derivante dalla violazione del sinallagma contrattuale per aver pagato una somma non congrua per le quote sociali acquistate)

2008

Tribunale Milano sez. VIII, 04 novembre 2008, n. 12949

Fonti: Giustizia a Milano 2008, 11, 76 (s.m.)

Poiché il controllo del revisore si pone ad ulteriore garanzia del rispetto del principio di chiarezza e di corretta rilevazione dei dati contabili inseriti nei bilanci delle società quotate, destinati ad influire sull'andamento delle contrattazioni dei titoli collocati sul mercato, l'attività del revisore non può certamente limitarsi ad un formale esame del mero dato contabile che, invece, va periodicamente svolto unitamente ad eventuali altri indici di comparazione, quali gli atti deliberativi del Consiglio di amministrazione, gli eventuali rilievi dei sindaci, nonché la documentazione di supporto ricevuta attraverso le previste procedure di ricezione (circolarizzazioni) e le notizie economiche sull'andamento del settore di mercato in cui opera la società revisionata, con riferimento alle passate gestioni ed alle prospettive future. Per espletare correttamente questo ruolo, pertanto, è necessario che la società di revisione osservi in primo luogo i protocolli di comportamento che regolano la sua attività, richiamati nel regolamento Consob, proprio perché funzionali al contenimento del rischio di verifiche formali non idonee a garantire un effettivo controllo. La sua certificazione finale, difatti, opera come sigillo di garanzia di rilievi svolti secondo le procedure stabilite ed i parametri normativi che regolano la stesura dei bilanci. La normativa in esame, proprio per dare il giusto rilievo al ruolo assolto dall'Audit, e delimitare il terreno di indagine in ordine alla valutazione sull'adempimento della funzione di controllo contabile, ha previsto la responsabilità diretta dell'ente che certifica la contabilità della società cui si affianca, in via eventuale e solidale, quella delle persone fisiche che hanno svolto l'attività nel suo interesse.

Tribunale Milano sez. VIII, 04 novembre 2008, n. 12949

Fonti: Giustizia a Milano 2008, 11, 76 (s.m.)

La responsabilità dell'ente non è necessariamente collegata ad un accertamento di responsabilità colposa o dolosa dei suoi dipendenti, poiché le norme che regolano l' Audit delle società quotate sono indirizzate alla società di revisione in quanto unico soggetto - persona giuridica - abilitato a svolgere detta attività. Sicché non si tratta di responsabilità indiretta dell'ente per attività di persone fisiche, alla stregua dell'art. 2049 c.c., ma di responsabilità diretta che si riflette, in via discendente, nella sfera delle persone fisiche che hanno agito nel suo interesse (e paragonabile pertanto al modello di responsabilità della società controllante oggi prevista anche nell'art. 2497 c.c. in riferimento all'attività di controllo e di direzione del gruppo). Di conseguenza, la verifica sul corretto svolgimento dell'attività di Audit porta l'interprete ad emettere primariamente un giudizio sulle modalità con cui è stato espletato il controllo contabile attraverso la struttura organizzativa con cui opera, la valutazione non ricollegandosi necessariamente alle condotte assunte dai singoli professionisti incaricati: per questo motivo risulta essenziale verificare se nel corso dell' Audit sono state eseguite le procedure che dall'esterno regolano e ritmano la sua attività. L'atteggiamento d'inosservanza di norme di comportamento professionale, legislativamente normali, può determinare il simultaneo concorso delle due fattispecie di responsabilità - contrattuale ed extracontrattuale.

2009

Cassazione civile sez. un., 24 dicembre 2009, n. 27346

Parti: Soc. Zeta General Services Group e altro C. Soc. L'Edera Comp. Ital. assicur. e altro

Fonti: Red. Giust. civ. Mass. 2009, 12

Qualora una società di capitali subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo, un danno, ancorché esso possa incidere negativamente sui diritti attribuiti al socio dalla partecipazione sociale, nonché sulla consistenza di questa, il diritto al risarcimento compete solo alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l'illecito colpisce direttamente la società e il suo patrimonio, obbligando il responsabile al relativo risarcimento, mentre l'incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non conseguenza immediata e diretta dell'illecito. (Nella

specie, le S.U., nell'enunciare l'anzidetto principio, hanno confermato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda con cui una società per azioni, socia di una compagnia di assicurazioni s.p.a., aveva dedotto la responsabilità della società di revisione, incaricata della certificazione del bilancio della società partecipata, per il danno patito dalla quota di partecipazione, a seguito delle condotte illecite ascritte alla società di revisione).

Ufficio Indagini preliminari Milano, 11 giugno 2010

Fonti: Foro ambrosiano 2010, 3, 322

Sussiste la legittimazione degli azionisti a costituirsi parte civile anche nei confronti di soggetti terzi in relazione alle condotte di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione. È, infatti, configurabile, ricorrendo i presupposti previsti dall'art. 2043 c.c., la responsabilità extracontrattuale di una società di revisione per i danni derivati a terzi dall'attività di controllo e di certificazione del bilancio di una società quotata in borsa.

Ufficio Indagini preliminari Milano, 11 giugno 2010

Fonti: Foro ambrosiano 2010, 3, 322

Il riconoscimento della legittimazione degli azionisti a costituirsi parte civile consente l'evocazione nel giudizio penale della società di revisione come responsabile civile. Secondo l'art. 2049 c.c., infatti, per la sussistenza della responsabilità dell'imprenditore non è necessario che le persone che si sono rese responsabili dell'illecito siano legate all'imprenditore da uno stabile rapporto di lavoro subordinato, ma è sufficiente che le stesse siano inserite, anche se temporaneamente od occasionalmente, nell'organizzazione aziendale ed abbiano agito, in questo contesto, per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore.

ESEMPIO DI CHECK-LIST DI PARTENZA PER LA DUE DILIGENCE

LEGALE

Presentazioni della società eventualmente disponibili

Copia dell'atto costitutivo e dello statuto vigente

Sociogramma (organigramma del gruppo e della compagine societaria completa) con evidenza delle aree di responsabilità del top management

Struttura societaria con brevi indicazioni sulle società controllate o collegate, con conferimento alla compagine sociale, al tipo di attività svolta, precisando se siano operative o meno e le date di decorrenza. Sedi operative e business units.

Lista delle società controllate, ragione sociale, società controllante, percentuale di possesso, ricavi dell'ultimo esercizio, EBIT, totale attività e capitale sociale

In caso di cambiamenti negli ultimi 3 anni, descrizione dei mutamenti nelle partecipazioni e nella compagine sociale, con dettaglio delle nuove società entrate a far parte del gruppo

Indicazioni relative all'esistenza di eventuali opzioni, vincoli o garanzie gravanti sulle partecipazioni.

Informazioni relative a partecipazioni in altre società

Visura CCIAA storica aggiornata a non più di 30 giorni addietro, completa di dichiarazione di vigenza.

Principali eventi storici

Sintesi degli eventi principali della storia della società e del gruppo inclusi i cambiamenti nella catena di controllo

Dettaglio dei siti chiusi e aperti durante gli ultimi 3 anni

Prospetto riportante la cronologia negli ultimi 3 anni delle aperture di credito bancarie suddivise per azienda di credito, modalità di utilizzo, e importo massimo utilizzato per ciascun esercizio

Prospetto riportante la cronologia e gli importi negli ultimi 3 anni delle garanzie eventualmente prestate dalla società e/o dai soci e/o dagli amministratori e institori a favore di società collegate, degli organi sociali e di terzi

Descrizione e informazioni dettagliate sulle eventuali procedure concorsuali e/o accordi stragiudiziali con creditori che abbiano interessato società, aziende o rami di azienda conferiti, ceduti, acquisiti e/o avuti o dati in godimento dalla società o dalle partecipate, controllanti o collegate negli ultimi 5 anni, con indicazione delle relative date

Descrizione e informazioni dettagliate sulle eventuali fusioni, scissioni e trasformazioni e conferimenti che abbiano interessato, direttamente o indirettamente, in veste attiva o passiva, la società o le partecipate, controllanti o collegate negli ultimi 5 anni, con indicazione delle relative date

Copia delle eventuali perizie di valutazione di cui ai punti precedenti

Informazioni complete su operazioni straordinarie intervenute e in corso:

Fusioni

Scissioni

Conferimenti di beni e/o prestazioni

Affitto, usufrutto o vendita di azienda o ramo d'azienda o partecipazioni

Acquisizioni o diritti di godimento di aziende, rami o partecipazioni

Trasformazioni

Copia delle delibere e comprova dei poteri relativi alle operazioni straordinarie intervenute e in corso

Amministrazione, poteri e delibere

Elenco nominativo degli amministratori con date di decorrenza e termine del mandato, ruolo e indicazioni in merito ai poteri di amministrazione

Informazioni e dettagli completi su eventuali procure institorie

Indicazione delle altre persone non amministratori munite di procura o di delega di poteri (incluse deleghe e procure bancarie) e copia della relativa documentazione

Informazioni circa lo status personale degli amministratori in relazione al diritto del lavoro

Elenco e copia dei relativi contratti

Specifici accordi tra società e suoi amministratori (per es.: locazioni immobiliari, prestiti, auto, ecc.)

Informazioni dettagliate sull'esistenza di patti di sindacato, o altri accordi, che regolano i poteri di amministrazione o ne vincolano l'esercizio

Documenti, libri e registri sociali

Copia delle annotazioni e dei verbali sui libri sociali obbligatori degli ultimi 3 anni:

Copia dei verbali del Consiglio di Amministrazione

Copia dei verbali del Comitato Esecutivo

Copia dei verbali dell'Assemblea

Copia dei verbali del Collegio Sindacale

Copia dei verbali degli Obbligazionisti

Copia libri soci

Indicazione del luogo ove sono custoditi i libri sociali

Attestazione libri registri e documenti presso terzi

Capitale sociale e proprietà della società

Informazioni e documentazione relative al capitale emesso e ai versamenti effettuati.

Informazioni e documentazione relative a eventuali restrizioni alla distribuzione dei dividendi

Operazioni relative al capitale sociale effettuate negli ultimi 3 anni, ivi comprese le operazioni delegate dall'assemblea dei soci all'organo amministrativo

Tipologia delle partecipazioni, con specifico riferimento a eventuali limitazioni di diritti amministrativi o privilegi economici di ogni classe di partecipazioni
Informazioni e documentazione concernente ogni diritto relativo all'emissione, la sottoscrizione, la vendita e il trasferimento di partecipazioni della società
Informazioni e documentazione relative a: put, call, option, tag along, diritti di prelazione, patti di maggioranza/minoranza, patti parasociali.
Indicazioni e copia dei contratti o accordi, anche commerciali, tra la società e i soci, tra i soci, ovvero infragruppo
Copia della documentazione relativa all'emissione di qualsiasi tipo di obbligazione, siano queste ordinarie, convertibili, con diritto di opzione o di altri tipi
Informazioni e documentazione relativa a pegni, gravami o altri vincoli esistenti sulle partecipazioni sociali e/o sulle attività e beni sociali
Indicazione e copia dei documenti rilevanti in relazione a piani di stock option o di share scheme adottati o di cui è prevista l'adozione da parte della società
Dettagli e informazioni su eventuali vincoli sul capitale

Autorizzazioni - concessioni - licenze

Copia della documentazione relativa a:

Licenze, concessioni, autorizzazioni, registrazioni, iscrizione ad albi, consensi e permessi (di seguito congiuntamente: autorizzazioni) rilasciate, o in corso di rilascio, dalle competenti autorità amministrative o finanziarie, necessarie od opportune per la realizzazione dell'oggetto sociale, con specifica indicazione di ogni eventuale clausola di change of control
Indicazione delle circostanze che possono far venir meno o provocare rifiuto delle autorizzazioni, con particolare riferimento a ipotesi di change of control e a ogni altra causa
Informazioni e documentazione relativa a ogni ispezione eseguita o a ogni violazione rilevata con riferimento alle autorizzazioni
Indicazione e copia di eventuali convenzioni stipulate con gli Enti amministrativi
Copia dei certificati di prevenzione incendi

Dati finanziari - finanziamenti - garanzie

Nome e indirizzo dei sindaci e dei revisori contabili della società
Elenco delle banche della società e indicazione dei numeri di c/c e dei limiti di affidamento, con specifica individuale dell'utilizzo negli ultimi 12 mesi
Elenco e copia di tutti i documenti relativi ad accordi di finanziamento, sia garantiti che non garantiti, conclusi dalla società
Dichiarazione resa dalla società attestante che nessuna richiesta di pagamento o escussione relativamente ai finanziamenti di cui sopra è stata ricevuta e che la società non si è resa inadempiente rispetto alle obbligazioni assunte
Documentazione relativa a finanziamenti soci
Elenco e documentazione relativa a contributi e finanziamenti governativi agevolati e ogni altro eventuale accordo relativo ad altri diversi contributi governativi, ovvero

agevolazioni, incentivi o altri benefici goduti a seguito di provvedimenti comunitari, governativi, o provenienti da altre autorità pubbliche

Indicazione e documentazione relative a ogni scoperto, prestito, mutuo e ogni altra facilitazione finanziaria messa a disposizione della società da qualsiasi fonte, con l'indicazione specifica dei termini e delle condizioni

Elenco e copia di ogni garanzia personale (fideiussione, pegno, ipoteca, manleva lettera di patronage, e di qualsiasi altra garanzia fornita dalla società in relazione a obbligazioni di terzi, ovvero in favore della società, dei soci o da terzi

Elenco dettagliato delle garanzie su commesse/ordini in corso e da eseguire in futuro

Crediti in sofferenza e debiti in contenzioso

Elenco dei crediti della società inesigibili o probabilmente inesigibili, con evidenza della data di insorgenza del credito, delle date di scadenza e degli importi scaduti

Fascicoli relativi ai crediti in sofferenza

Elenco dei debiti della società scaduti o in contenzioso, con indicazione dei termini, condizioni e modalità di pagamento (compreso l'importo, il tasso di interesse applicato e la data di esigibilità del credito

Elenco dei principali creditori della società, con indicazione dei termini, condizioni e modalità di pagamento (compreso l'importo, il tasso di interesse applicato e la data di esigibilità del credito)

Beni mobili e immobili

Informazioni relative alla provenienza di tutti i beni immobili, nonché a eventuali altri diritti reali su di essi

Copia di titoli, accordi o atti, certificati catastali relativi a ogni immobile e ogni altro documento comprovante lo status legale della proprietà immobiliare. Indicazione e documentazione relativa a iscrizioni e trascrizioni a favore o contro la proprietà (ipoteche, pignoramenti, servitù, atti preliminari, locazioni ultranovennali, ecc.)

Indicazioni del valore di mercato di ciascun immobile della società; elenco e copie di valutazioni o perizie di immobili effettuate negli ultimi 5 anni

Copia di tutti gli atti preliminari e di qualsiasi ulteriore atto relativo alla proprietà che possa pregiudicare il libero godimento degli immobili

Indicazioni relative a ogni proprietà immobiliare concessa dalla società in locazione, uso, abitazione, affitto, comodato, enfiteusi, usufrutto o altra forma di godimento

Elenco di ogni bene mobile registrato (inclusi veicoli) di proprietà della società

Elenco dei beni della società su cui gravano pegni, privilegi, restrizioni di alcun tipo, garanzie, ipoteche o qualsiasi altra causa di prelazione o diritto di terzi (quali, per esempio, patti di riscatto). Copia dei relativi documenti

Elenco dei beni immateriali

In caso di automezzi di rilevante valore visura aggiornata del P.R.A.

Prospetto delle locazioni e degli edifici e aree (sia di proprietà o in diritto reale sia in locazione) con indicazione delle dimensioni e descrizione delle attività svolte e copia

dei contratti

Visure catastali aggiornate di tutti i beni fondiari e immobiliari

Visure aggiornate della conservatoria dalle quali risulti l'assenza di servitù, pesi, privilegi, ipoteche, oneri o trascrizioni a favore di terzi

Copia delle concessioni/licenze/permessi di costruire e delle autorizzazioni (DIA, ecc.) relative a lle proprietà

Estratto o attestazione di conformità edilizia e urbanistica o dichiarazione attestante le destinazioni d'uso attuali e la regolarità edilizia e urbanistica

Dichiarazione o attestazione delle destinazioni d'uso ammesse dal vigente piano regolatore

Contratti e accordi commerciali

Elenco di tutti gli agenti, distributori e commissionari con indicazione della data di inizio del rapporto. Copia dei contratti sottoscritti e documentazione relativa all'eventuale cessazione dei suddetti contratti negli ultimi 2 anni.

Elenco e copia dei contratti di leasing

Elenco e copia dei contratti di factoring

Elenco e copia dei contratti relativi ai beni condotti dalla società in locazione, uso, comodato, abitazione, affitto o altre forme di godimento

Elenco di tutti i mandatarî, mediatori, broker e procacciatori d'affari con indicazione della data di inizio del rapporto e copia dei contratti sottoscritti, con documentazione relativa all'eventuale cessazione dei suddetti contratti negli ultimi 2 anni.

Elenco e copia dei contratti di fornitura, compravendita, permuta, contratti estimatori e di somministrazione e di ogni altro accordo commerciale, di durata superiore a 3 mesi o di valore superiore a Euro 25.000 (venticinquemila)

Elenco e copia di contratti di trasporto, di deposito, spedizione e logistica

Elenco e copia dei contratti di appalto e di outsourcing

Elenco e copia di contratti pubblicitari e di sponsorizzazione

Elenco e copia di contratti di franchising

Elenco e copia di joint-venture, alleanze strategiche, accordi di collaborazione/associazione, partecipazioni in consorzi o associazioni o di altri accordi simili stipulati dalla società

Elenco e copia di tutti i contratti standard, moduli o formulari adottati dalla società e delle condizioni generali di contratto

Elenco e copia di ogni contratto in relazione al quale il mutamento, diretto o indiretto, della compagine sociale e/o della proprietà dell'azienda possa avere un qualsiasi impatto

Indicazione di ogni contratto che per motivi di confidenzialità o altro non possa essere rivelato a terzi

Informazioni relative a patti o accordi non scritti di cui la società sia parte

Elenco e copia di ogni altro contratto di cui la società sia parte che abbia durata superiore a 3 mesi, ovvero durata indeterminata che non preveda il diritto di recesso

con preavviso inferiore a 3 mesi, ovvero che obblighi la società per un valore superiore a Euro 25.000 (venticinquemila) o abbia valore indeterminato

Assicurazioni

Elenco e copia di tutte le polizze assicurative stipulate dalla - o in favore della - società

Indicazioni relative all'importo dei premi assicurativi, alle date di rinnovo delle polizze, e all'ammontare della copertura assicurativa garantita

Dichiarazione resa dalla società attestante che ogni premio è stato pagato (allegando copia della documentazione comprovante il pagamento dell'ultima rata di premio) per ogni polizza di assicurazione, che ogni polizza è in vigore e che tutti i rischi ordinari, inclusa la responsabilità per il prodotto e la responsabilità per i dipendenti, sono pienamente assicurati

Dichiarazione che ogni immobile e struttura industriale - di proprietà o in locazione o comunque utilizzata dalla società - è dotata di copertura assicurativa e indicazione del massimale di polizza

Indicazioni relative a qualsiasi sinistro pendente

Proprietà intellettuale

Elenco (con i numeri di registrazione, laddove siano previsti) di brevetti, di marchi, di domande di registrazione di brevetto o di marchio, segni distintivi, modelli, know-how, copyright, software o altre proprietà industriali delle quali la società abbia pieno titolo o un valido interesse in virtù di licenze o di altri accordi

Indicazione dell'esistenza di eventuali marchi di fatto

Elenchi di pgni, privilegi, restrizioni, obbligazioni di pagamento, accordi o altri diritti di terzi relativi ai menzionati diritti industriali e intellettuali in grado di privare la società del loro possesso o di limitarne lo sfruttamento economico

Elenco dei Paesi in cui i diritti in questione sono validamente registrati o tutelati e indicazione dei termini di scadenza di tale tutela. Copia dei certificati di registrazione e di altri documenti rilevanti relativi ai diritti in questione.

Controversie in atto, azioni giudiziarie intentate o minacciate, contestazioni o opposizione relative ai diritti industriali o intellettuali

Indicazioni di ogni attuale o potenziale violazione da parte di terzi, ovvero abuso, anche preteso, da parte della società, di ogni proprietà intellettuale posseduta o concessa in licenza alla società

Elenco degli accordi e delle licenze relative all'utilizzazione, possesso, sfruttamento economico di tutti i software usati dalla società

Elenco e copia di ogni contratto di assistenza e manutenzione o di altri accordi relativi ai sistemi software o hardware

Elenco dei programmi software o altre proprietà industriali o intellettuali concesse in licenza a terzi, individuazione dei termini e delle condizioni e dell'ammontare della tariffa annuale riscossa

Elenco di ogni circostanza a seguito della quale i benefici o i diritti d'uso o uno

qualunque dei diritti di proprietà industriale o intellettuale, licenze o altri accordi, possano essere pregiudicati (con particolare riferimento all'ipotesi di variazione, diretta o indiretta, della compagine societaria o della proprietà della società)

Elenco dei diritti di proprietà intellettuale posseduti da terzi il cui utilizzo o sfruttamento risulti essere necessario o conveniente per la conduzione dell'attività sociale

Indicazione dell'esistenza di eventuali marchi simili usati da terzi

Ambiente

Informazioni relative ad autorizzazioni, concessioni, permessi e consensi rilasciati dalle competenti autorità in materia ambientale ai fini dello svolgimento dell'attività della società e indicazione delle domande o concessioni eventualmente pendenti ai fini del loro ottenimento. Indicazione delle circostanze che possano far venir meno le suddette autorizzazioni o che possano provocarne il rifiuto e delle situazioni di fatto o di diritto che impediscano l'ottenimento delle menzionate autorizzazioni

Informazioni relative a violazioni (attuali o potenziali) di qualsiasi legge, codice, norma, regolamento, ordine, direttiva, licenza, autorizzazione, concessione, consenso, approvazione o disposizione in generale in materia di tutela ambientale, di sicurezza, inquinamento, protezione dell'ambiente da parte dell'azienda.

Informazioni relative a indagini ambientali e ispezioni svolte (eseguite sia da parte dell'azienda sia da parte di terzi) e copia della documentazione relativa a violazioni eventualmente contestate

Elenco di ogni fuoriuscita, rottura, deposito, emissione, discarica, o rilascio di una qualsiasi sostanza, materiale o rifiuto nell'aria, nell'acqua o nel suolo in ciascuna delle proprietà possedute o utilizzate dall'azienda, anche indirettamente

Elenco delle lamentele, contestazioni o pretese ricevute riguardanti rumori, odori, emissioni o relative ad altre tematiche ambientali

Elenco dei provvedimenti delle competenti autorità che obblighino all'esecuzione di opere di disinquinamento, bonifica, depurazione o altre attività correttive o di risanamento dell'ambiente

Controversie

Elenco e descrizione (inclusa, se rilevante, copia di ogni sentenza, decreto, ordinanza del giudice o di autorità competenti, verbali di conciliazione, o ogni altro accordo transattivo) di tutte le azioni e procedimenti giudiziari o indagini di natura civile, penale, amministrativa, giuslavoristica, o arbitrati o di qualsiasi altra natura, concluse, sia giudizialmente sia stragiudizialmente, ovvero pendenti o minacciate, relative alla proprietà industriale o intellettuale o a danni ambientali, di valore superiore a Euro 10.000 (diecimila)

Informazioni relative a ogni circostanza nota che possa dare origine a una qualsiasi delle controversie elencate al precedente punto

Conformità alla legge sulla privacy

Documentazione e informazioni relative alla notificazione, alle informative date e alla richiesta del consenso, agli autorizzati, all'autorizzazione al trattamento dei dati sensibili, indicazione del responsabile del trattamento e delle misure di sicurezza dei dati, o ogni altro adempimento ex lege 675/1996 e successive modificazioni e normativa collegata, inclusa l'indicazione di eventuali trasferimenti di dati all'estero

Copia documento programmatico della sicurezza

Copia verbali assemblee sicurezza ultimi 3 anni

Concorrenza - antitrust

Elenco e copia delle notifiche effettuate all'autorità antitrust italiana o comunitaria (ove ancora obbligatorie) in cui la società sia stata parte negli ultimi 5 anni

Elenco e copia di contratti o accordi che, direttamente o indirettamente, limitino la libertà dell'azienda nello svolgere l'attività in qualsiasi parte del mondo o che impediscano all'azienda di trasferire tutta, o in parte, o parte, della propria attività

Indicazione di tutte le indagini, siano esse già pendenti, o minacciate o già condotte nei precedenti 3 anni, effettuate da enti o autorità, italiani, europei, extra-europei, governativi, statali o altro, o altre organizzazioni, per aver violato le norme antitrust, o altre simili previsioni normative. Notifiche alle competenti autorità nazionali e comunitarie effettuate negli ultimi 5 anni

Elenco e copia di ogni accordo commerciale con uno o più diretti concorrenti

Altro

Indicazioni relative a ogni fatto conosciuto dal quale possano derivare conseguenze pregiudizievoli alla società qualora vi sia un mutamento nella compagine sociale o nella proprietà dell'azienda, o a qualsiasi altra questione relativa alla società che non sia stata oggetto delle suddette domande e che sia, o possa essere, in qualsiasi modo inusuale o avere conseguenze in relazione all'eventuale mutamento della compagine sociale o nella proprietà dell'azienda o di cui, comunque, la sua menzione sia opportuna al fine di assicurare la puntuale e approfondita conoscenza della società o dell'azienda

Documentazione completa sugli adempimenti D. Lgs 231/2001

ESEMPIO DI CHECK-LIST RELATIVA AI DATI FISCALI E TRIBUTARI

Informazioni sull'assetto Fiscale

Relazione o discussione sull'assetto fiscale

Principali eventi storici

Recenti operazioni potenzialmente antielusive

Imposte dirette

Modelli 760 o Mod. unico relativi agli esercizi fiscalmente ancora accertabili alla data odierna corredati di tutti gli allegati trasmessi all'AdE

Ricevute di presentazione/trasmisione di tali modelli ai competenti uffici

Quietanze di versamento relative alle imposte liquidate con i suddetti modelli

Dichiarazioni IRAP relative agli esercizi fiscalmente ancora accertabili alla data odierna

Dettaglio della determinazione del reddito imponibile (variazioni in aumento e in diminuzione) e del valore della produzione ai fini di ciascuna imposta

Prospetto riepilogativo degli utilizzi di eventuali crediti di imposta durante l'anno in corso

Documentazione relativa ad agevolazioni di cui la società beneficia e in particolare per le agevolazioni di cui alla legge "Tremonti", dual income tax nonché altre agevolazioni utilizzate

Dettagli e calcolo delle imposte anticipate e differite

Prospetto delle riserve in sospensione di imposta e del loro eventuale assoggettamento a tassazione

Imposte indirette

Dichiarazioni Annuali IVA relative agli esercizi fiscalmente ancora accertabili alla data odierna corredati di tutti gli allegati trasmessi all'AdE

Ricevute di presentazione/trasmisione di tali dichiarazioni

Quietanze di pagamento IVA periodiche, acconto annuale e saldo

Prospetto riepilogativo delle liquidazioni periodiche IVA per l'anno in corso

Prospetto riepilogativo degli utilizzi di eventuali crediti IVA durante l'anno in corso

Prospetto riepilogativo dei debiti fiscali distinti per imposta o tributo e per anno di riferimento

Attestazioni e certificati

Copia attribuzione codice fiscale e partita IVA

Attestazione del soggetto depositario delle scritture/documentazione

Attestazione circa l'insussistenza di debiti e pendenze tributarie

Libri e registri Fiscali

Libri IVA

Libro dei beni ammortizzabili

Scritture di magazzino

Libro inventari

Libro giornale

Mastrini / partitari

Altri libri e registri obbligatori

Altri documenti aventi rilevanza fiscale

Documentazione completa riguardante le operazioni straordinarie avvenute negli esercizi ancora accertabili, sia intraprese che dei soci

Documentazione completa riguardante i principali rapporti intragruppo mantenuti dalla società (contratti di locazione, affitto, altri diritti di godimento e servizi, agreements di management fee, cost sharing, licence ecc.)

Documentazione completa sul transfer pricing

Dichiarazioni dei sostituti d'imposta

Dichiarazioni dei sostituti d'imposta relative agli esercizi ancora fiscalmente accertabili alla data odierna

Ricevute di presentazione/trasmisione di tali dichiarazioni

Quietanze di versamento delle ritenute operate in qualità di sostituto d'imposta

Condoni e sanatorie

Copia istanze di presentazione del condono e pagamenti

Copia istanze di presentazione di accertamenti con adesione

Copia istanza di condono relativa ai disavanzi di fusione (D.L. 209/2002)

Copia di eventuali ravvedimenti operosi presentati

Autorizzazioni - concessioni - interpelli - ruling

Copia istanze di interpello

Copia ruling internazionale

Copia concessioni doganali

Copia autorizzazioni ministeriali o Agenzia delle Entrate

Garanzie

Descrizione dettagliata di eventuali garanzie prestate verso l'Amm.Fin.

Crediti e debiti fiscali

Prospetto riepilogativo dei debiti fiscali distinti per imposta o tributo e per anno di riferimento

Prospetto riepilogativo dei debiti contributivi distinti per causale e per anno di riferimento

Prospetto riepilogativo dei crediti fiscali distinti per imposta o tributo e per anno di riferimento

Beni mobili e immobili

Dichiarazioni originarie degli immobili assoggettati a ICI e dichiarazioni a seguito di eventuali variazioni

Quietanze di presentazione di tali dichiarazioni

Quietanze di versamento dell'ICI per i periodi ancora accertabili alla data odierna

Prospetto riepilogativo degli automezzi e degli altri beni iscritti nei pubblici registri, con estremi delle date di scadenza dei bolli e altre tasse e delle relative date di pagamento, con evidenza di eventuali pagamenti effettuati oltre i termini o non ancora effettuati

Quietanze di pagamento per i periodi ancora accertabili alla data odierna

Rapporti, contratti e accordi commerciali con soggetti non residenti

Prospetto riepilogativo dei rapporti commerciali clienti non residenti e specifica del Paese, con indicazione se black-list

Prospetto riepilogativo dei rapporti commerciali con fornitori non residenti e specifica del Paese, con indicazione se black-list

Servizi a e da soggetti non residenti

Prospetto riepilogativo dei rapporti con prestatori di servizi non residenti e specifica del Paese, con indicazione se black-list

Proprietà intellettuale

N/A

Accertamenti, ispezioni, verbali, contenzioni e controversie

Documentazione completa riguardante ispezioni effettuate dalla GdF e dall'AdE o altri organi accertatori

Avvisi di accertamento ricevuti

Cartelle esattoriali per iscrizioni a ruolo

Documentazione completa relativa al contenzioso in essere (ricorsi, memorie, ecc.) con un prospetto riepilogativo di sintesi

Informazioni relative a ogni circostanza nota che possa dare origine a una qualsiasi delle controversie fiscali

Dogana

Informazioni su eventuali procedure semplificate di accertamento

Altro

Indicazioni relative a ogni fatto conosciuto dal quale possano derivare conseguenze pregiudizievoli alla società qualora vi sia un mutamento nella compagine sociale o nella proprietà dell'azienda, o a qualsiasi altra questione relativa alla società che non sia stata oggetto delle suddette domande e che sia, o possa essere, in qualsiasi modo inusuale o avere conseguenze in relazione all'eventuale mutamento della compagine sociale o nella proprietà dell'azienda o di cui, comunque, la sua menzione sia opportuna al fine di assicurare la puntuale e approfondita conoscenza della società o dell'azienda

Elenco dei consulenti fiscali della società con dati completi inclusi numeri di telefono e email