Linee Guida per la redazione della relazione ex art. 33 l. fall.

CAPITOLO 7 – GLI AMMINISTRATORI
(di diritto e di fatto)

Focus sul paragrafo 7.4
Il professionista

Responsabilità del professionista

Tipologie di responsabilità

- Diretta
- Indiretta (da controllo)
- In concorso

Tipologie di responsabilità del professionista

RESPONSABILITA' DIRETTA

Il professionista risponde dei reati tipici degli organi societari come

amministratore di fatto

Art. 2639 c.c.
(...) al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato (...) chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

- Il professionista che si comporta come effettivo dominus della società, e come tale si mostri ai terzi
- Il professionista che abbia svolto un ruolo gestorio dei finanziamenti alla società (a dimostrazione del suo diretto interesse nella conduzione di essa) ritenuti cruciali nell'impresa, oltre che essere di importanza vitale per le sorti della stessa e costituenti anche l'origine del dissesto.
- Il professionista che aveva prestato garanzie personali ad istituti di credito e compiuto attività manipolativa di bilanci, con ciò manifestando il suo diretto interesse nella conduzione della società e il concreto esercizio di un ruolo gestorio

Tipologie di responsabilità del professionista

RESPONSABILITA' INDIRETTA (da controllo)

Il professionista risponde non quale autore diretto del reato ma in virtù della sua

posizione di garanzia

Art. 40 c.p.
Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo

Tipologie di responsabilità del professionista

RESPONSABILITA' DA CONCORSO
art. 110 c.p.

Professionista consulente dell'imprenditore

Può rispondere per aver dato consigli tecnici o tenuto comportamenti che abbiano promosso o anche soltanto agevolato la commissione di reati da parte di altri.

Se l'impresa è in crisi o insolvente la questione diventa particolarmente delicata: infatti l'assistenza che il professionista presta nello svolgimento del suo incarico professionale è basata su un rapporto fiduciario ed è volta alla ricerca delle migliori soluzioni possibili nell'interesse del proprio cliente.

Concorso del professionista nei reati propri

CONCORSO MATERIALE

Professionista che, essendo conscio degli intenti illeciti dell'imprenditore, lo assista nella predisposizione e nella stipulazione degli atti negoziali che integrano i reati o apporti comunque un contributo causale alla realizzazione degli illeciti.

Comportamenti di rilevante contributo causale sul piano materiale = **partecipazione attiva**

Concorso del professionista nei reati propri

CONCORSO MORALE

Professionista che fornisce pareri, suggerimenti e consigli all'imprenditore che abbiano non tanto la natura di meri e asettici consigli tecnici (o che mirino solo alla rappresentazione in astratto di possibili percorsi alternativi) bensì quella di spinta morale assimilabile alla istigazione a raggiungere un fine, spinta in grado di modificare l'atteggiamento psicologico dell'imprenditore facendo sorgere o rafforzando il proposito delittuoso.

Difficoltà della prova:

- intercettazioni (PM)
- mail, appunti, carte (anche da sequestro PM)
- indicazioni dei testimoni

Concorso del professionista nei reati propri

Linee giurisprudenziali in tema di responsabilità da concorso del professionista

Consulenti commercialisti o esercenti la professione legale concorrono nei fatti di bancarotta quando, essendo consapevoli dei propositi distrattivi dell'imprenditore o degli amministratori della società, forniscano consiglio o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assistano nella conclusione dei relativi negozi, ovvero svolgano attività dirette a garantire l'impunità o suscitino o rafforzino l'altrui proposito col proprio ausilio e con le preventive assicurazioni.

Il commercialista che, nel rendere una prestazione professionale, si spinga oltre l'ambito della sua prestazione e suggerisca al cliente un mezzo fraudolento finalizzato a velarne le reali condizioni economiche, indicando in concreto la via per adottare l'illecito espediente o, addirittura, adottandolo di persona, concorre nel reato di bancarotta fraudolente consumato avvalendosi di tali suggerimenti.

Per aversi concorso di persone nel reato non basta la semplice adesione morale ad un programma criminoso poiché occorre comunque un apporto che produca un rafforzamento delle attività criminose dell'agente o un aiuto all'attività dei correi. Tale rafforzamento ha importanza solo quando si sostanzi in un effettivo impulso dato al proposito medesimo che, altrimenti, non si sarebbe manifestato all'esterno oppure si sarebbe manifestato in forma diversa.

Caso particolarmente frequente: Concorso del commercialista incaricato di tenere la contabilità e i libri sociali

E' possibile la responsabilità in concorso del commercialista incaricato della tenuta della contabilità per il reato di bancarotta fraudolenta documentale o di bancarotta semplice?

Caso tipico: l'imprenditore, per difendersi dalle accuse inerenti le omissioni contabili, accusa a sua volta il commercialista al quale egli aveva conferito l'incarico di tenere la contabilità e i libri sociali.

Linea giurisprudenziale

Tendenza a escludere la responsabilità del consulente, una volta accertato che quest'ultimo non abbia concorso nella condotta illecita posta in essere dall'imprenditore o dall'amministratore della società.

Infatti l'obbligo di tenere i libri contabili ricade sull'imprenditore ed è dell'imprenditore la responsabilità di fronte ai terzi.

Pertanto l'imprenditore risponde a titolo di colpa del reato di bancarotta semplice quando abbia affidato l'incarico di tenere i libri contabili ad un terzo perché egli deve periodicamente controllarne l'attività e garantire la tenuta della contabilità aziendale.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 1/10 -

Cass. Pen., sez V, n. 12752 del 21 ottobre 1998

Condannato per concorso in bancarotta fraudolenta il commercialista che aveva redatto i bilanci dove aveva omesso di svalutare crediti verso clienti vari, omesso di operare accantonamenti su inadempienze contrattuali; iscritto un saldo fittizio di cassa. Suggerito lui stesso le modalità per far apparire florido il bilancio dell'impresa che, invece, era insolvente.

Il professionista non deve far proprio l'espediente illecito, indicando in concreto la via per adottarlo nel caso o, addirittura, adottandolo di persona.
Redigendo lo stesso imputato bilanci, nei quali si operavano le omissioni indicate e si attribuivano ad utili voci fittizie, laddove si dovevano indicare perdite, è concorso pienamente nel reato.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 2/10 -

Cass. Pen., sez V, n. 569 del 18 novembre 2003

Condanna per concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione dei professionisti che avevano assistito l'imprenditore nella predisposizione di atti necessari per la costituzione di una società *ad hoc* cui trasferire il patrimonio immobiliare di una società in procinto di fallire.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA - 3/10 -

Cass. Pen., sez V, n. 10742 del 15 febbraio 2008

Condanna per concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione del professionista che aveva:

- progettato e portato ad esecuzione un contratto di affitto d'azienda privo di effettiva contropartita e preordinato ad avvantaggiare i soci a scapito dei creditori;
- Trasferito il magazzino in blocco e senza inventario con la conseguenza che fu poi impossibile accertare quali vendite dovessero tornare a vantaggio della azienda "affittata".

Anche in questo caso il consulente era consapevole dei propositi distrattivi dell'imprenditore («consapevolezza della funzione di supporto alla distrazione»), e i fatti distrattivi si sono realizzati 10 giorni dopo il conferimento del mandato al professionista.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 4/10 -

Cass. Pen., sez V, n. 19545 del 3 febbraio 2010

Bancarotta fraudolenta per distrazione nei confronti del commercialista che aveva avuto un ruolo di «guida tecnica» delle attività volte al trasferimento spoliativo dei beni, redatto perizia sottostimando il valore dei beni e partecipato direttamente alla distrazione dei beni aziendali, acquistandoli attraverso un'altra impresa.
Se ne era desunta la totale abnegazione del professionista nella costruzione e nello sviluppo del piano finalizzato alla scomparsa giuridica dei beni di massimo valore, tanto da spingersi, dal ruolo di regia e di comando nella tecnica fraudolenta, a quello di diretto occultatore di beni residui.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 5/10 -

Tribunale di Milano, Sez. I, sent. 30 settembre 2010

Sussiste la responsabilità per concorso in bancarotta del consulente che non fu un mero esecutore fiduciario di disposizioni impartitegli dai fiducianti, essendo emersi il suo ruolo propositivo e decisionale rispetto all'attività della società fallita e la rilevanza causale decisiva dei suoi comportamenti nella realizzazione degli obiettivi delittuosi riconducibili ai due fiducianti, in quanto **un professionista non può proteggere dietro lo schermo dell'adempimento di un rapporto contrattuale lecito le condotte delittuose realizzate in esecuzione dello stesso mandato**.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 6/10 -

Cass. Pen., sez. V, n. 8349 del 1 marzo 2016

Condanna per concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione dell'avvocato per aver aiutato gli amministratori nel loro progetto distrattivo, con la stipulazione di un contratto estimatorio relativo alla vendita del magazzino, ad un prezzo fuori mercato, attraverso il quale si era poi realizzata la contestata distrazione.

E' stato provato:

- che l'avvocato avesse fornito un contributo causale consapevole e determinante alle condotte distrattive, nel corso di numerosi incontri, presso il proprio studio, intervenuti prima della stipulazione del contratto;
- che l'avvocato fosse a conoscenza del reale valore del magazzino, "mentre il valore poi trasfuso nel contratto estimatorio predisposto dall'imputato recepiva un valore del tutto incongruo".

Principio generale importante

Concorre, in qualità di extraneus, nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale il professionista che, consapevole dei propositi distrattivi dell'amministratore della società fallita, fornisca consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre beni ai creditori, e lo assista nella conclusione dei relativi negozi, ovvero svolga attività dirette a garantirgli l'impunità o a rafforzarne, con il proprio ausilio, l'intento criminoso.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 7/10 -

Cass. Pen., sez V, n. 121 del 9 gennaio 2012

Il caso riguardava due professionisti che avevano ideato una sorta di piano di risanamento della società insolvente consistito nella cessione dei rami produttivi dell'azienda insolvente a due società neocostituite.
Per la Corte Suprema l'attività dei due professionisti ha superato senza alcun dubbio il limite della mera consulenza, poiché i professionisti svolgevano un duplice ruolo nell'operazione di risanamento in quanto da un lato ciascuno di essi era consulente (formalmente) della cedente e dall'altro era dominus della cessionaria.

È configurabile il concorso nel reato di bancarotta fraudolenta qualora, travalicando l'attività di consulenza professionale, il professionista costituisce, organizza e gestisce una nuova società per acquisire gli *asset* societari di un'altra società in procinto di fallire e di cui è consulente.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 8/10 -

Cass. Pen., sez V, n 1245/1998 (cd. sentenza Cusani- proc. Enimont)

In tema di false comunicazioni sociali, qualora la redazione di falsa contabilità serva di supporto alla falsa rappresentazione della realtà sociale offerta dal bilancio, **chiunque**, benché estraneo, contribuisca a tali artifici contabili, nella prospettiva della futura dissimulazione di una riserva occulta nei bilanci di esercizio di una società, offre un contributo causale determinante alla condotta criminosa punita dall'art. 2621 cod. civ., e ciò a maggior ragione quando le sue capacità tecniche professionali siano tali da rassicurare l'amministratore sull'efficacia del risultato dissimulatorio.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 9/10 -

Cass. Pen., sez. V, n. 34035 del 18 giugno 2013

Condanna per bancarotta fraudolenta documentale al professionista di una società poi fallita, per aver consigliato all'imprenditore di eseguire alcune registrazioni contabili ricorrendo ad un fittizio azzeramento dei crediti, allo scopo di mascherare un effettivo ammanco e, nel tentativo di rendere incomprensibile la situazione contabile dell'azienda, per avergli addirittura suggerito di bruciare la contabilità (che, in un primo momento nascosta in cantina, viene, poi, volutamente consegnata in disordine al curatore).
Ciò sulla base di conversazioni intercettate.

SENTENZE SUL CONCORSO DEL PROFESSIONISTA – 10/10 -

Cass. Pen., sez. V, n. 13115 del 18 dicembre 2000 (dolo eventuale)

Condanna per concorso in bancarotta fraudolenta del commercialista contabile che aveva ricevuto incarico di tenuta contabilità e bilancio dopo la dichiarazione di fallimento.

- In sostanza il commercialista aveva espletato l'incarico ricevuto sulla base delle mere indicazioni degli amministratori, senza la previa verifica della rispondenza delle annotazioni via via effettuate alla documentazione, che non gli sarebbe mai stata fornita e che egli non avrebbe mai curato di richiedere;
- aveva poi trasposto le fittizie registrazioni nel bilancio;
- tale condotta aveva fatto sì che venissero occultate alcune distrazioni di beni;

Elemento psicologico del reato: omissione di controllo e consapevole accettazione del rischio che le annotazioni contabili richieste, e mai verificate, potessero mascherare operazioni penalmente illecite (come in realtà avvenuto).

Tanto più sul rilievo che di quel rischio il commercialista non poteva non essere avvertito, vuoi per la sua qualità professionale, vuoi perché certamente al corrente dell'intervenuta dichiarazione di fallimento.

CASI DI ESPERIENZA DIRETTA -1/2-

Caso di un legale imputato di essere l'ideatore (in concorso) delle condotte distrattive contestate nonché amministratore di fatto della società poi fallita:

- Distrazione di un immobile con conferimento in altra società e successiva cessione ad altra società delle quote (non incassando il prezzo);
- Successiva cessione a terzi dell'immobile
- Ideazione, per guadagnare tempo e per bloccare la procedura esecutiva sull'immobile, di istanza di concordato in bianco al contempo tacitando alcuni creditori e poi rinunciando alla domanda; ciò senza avere, fin dall'inizio, alcuna intenzione di depositare la proposta e il piano di concordato e non svolgendo alcuna attività volta alla risoluzione della crisi di impresa e/o alla liquidazione nell'interesse dei creditori dei beni sociali
- Distrazione di somme dalla società appena prima del concordato con riserva e a favore di società vicine
- Sottraevano parte della documentazione contabile, facendo una denuncia di smarrimento di libri sociali, il giorno stesso del deposito della domanda di concordato preventivo, falsificavano la contabilità della società, riportando in modo scorretto e maggiorato le passività gravanti sull'immobile, e aggiornando la contabilità solo dopo il fallimento e/o comunque la tenevano in maniera tale da non consentire la ricostruzione del movimento di affari della società fallita.

Il legale è stato ritenuto promotore dell'associazione per delinquere, professionista che si occupa delle trattative relative alla soluzione della crisi di impresa alternativa al fallimento, delle trattative volte alla cessione degli immobili nella disponibilità delle società acquisite, delle trattive con i creditori istanti il fallimento al fine di ottenere la desistenza, e della redazione delle richieste di ammissione al concordato preventivo con riserva, strumentalmente utilizzate per bloccare le azioni esecutive nelle more degli atti distrattivi.

Iniziale segnalazione del commissario (poi curatore)
Seguita da intercettazioni e sequestri di documenti da parte del PM

CASI DI ESPERIENZA DIRETTA - 2/2 -

Caso di un legale imputato di bancarotta in concorso

- sia nella veste formale di procuratore/avvocato sia di coadiutore dell'imprenditore nella fase "liquidatoria" delle società del gruppo e di avvio alle diverse procedure concordatarie, forniva consigli e suggerimenti idonei a ritardare i fallimenti nonostante la consapevolezza dello stato di dissesto in cui versavano le singole controllate e della falsità dei dati contabili contenuti nei bilanci;
- dopo aver condiviso con l'imprenditore il programma di "dismissione" degli asset della società poi fallita e delle sue controllate individuando quale scelta strategica quella di avviare le società verso procedure concordatarie proprio la fine di evitarne/ritardarne i fallimenti, metteva a disposizione la propria professionalità di avvocato assumendo l'incarico di occuparsi della redazione materiale di tutti i piani concordatari;
- sia utilizzando la propria veste di avvocato, sia quale persona di fiducia, pur a conoscenza dell'esistenza di un'associazione per delinquere e consapevole degli scopi illeciti che essa perseguiva si metteva "a disposizione" fornendo supporto nelle procedure fallimentari alle varie teste di legno suggerendo a queste le risposte da fornire ai curatori in modo da sviare la loro attività.