

APPROFONDIMENTI

Sistema Società — Numero OnLine

5.2.2019

Il dovere di vigilanza e controllo dei sindaci si estende alla gestione societaria

*di Avv. Cristiano Augusto Tofani***Corte di Cassazione, civ., sez. II, sentenza del 09 gennaio 2019, n. 301**

La funzione del collegio sindacale si estrinseca nel controllo del regolare svolgimento della gestione della società, posto che il dovere di vigilanza e di controllo imposto ai sindaci delle società per azioni ex art.2403 c.c. non è circoscritto all'operato degli amministratori, ma si estende a tutta l'attività sociale, con funzione di tutela non solo dell'interesse dei soci, ma anche di quello, concorrente, dei creditori sociali, e ricomprende, pertanto, anche l'obbligo di segnalare tutte le situazioni che esigano, in applicazione degli articoli 2446 e 2447 c.c., la riduzione del capitale sociale. Nelle società quotate in borsa, tale dovere si fa ancora più stringente, in vista della funzione di garanzia dell'equilibrio del mercato.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha ribadito il costante orientamento giurisprudenziale in tema di responsabilità dei sindaci per inadeguata vigilanza e omessa segnalazione alla Consob. Ed invero, secondo la Suprema Corte, attesa la funzione di garanzia che i vari organismi di controllo sono deputati a svolgere nell'ambito delle società - soprattutto se quotate e strutturate in un'articolazione interna complessa, che preveda il riparto delle competenze gestorie tra diversi organi - tali organi, a partire da quelli deputati al controllo interno aziendale, fino alle società di revisione dei conti ed al collegio sindacale, sono

investiti di un ineludibile compito di costante verifica della corrispondenza dei meccanismi di gestione della società al paradigma della corretta amministrazione, così come definito dalla scienza dell'economia aziendale. Ne consegue che, proprio per la funzione che i sindaci rivestono, gli stessi devono correttamente e tempestivamente esercitare i poteri che la legge gli attribuisce.

Il contesto normativo

L'art. 149 del D.lgs. 58 del 24/2/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), recante le disposizioni in tema di doveri del collegio sindacale, prevede che *“il collegio sindacale vigila:*

- a) sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo;*
 - b) sul rispetto dei principi di corretta amministrazione;*
 - c) sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione;*
 - c-bis) sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, cui la società, mediante informativa al pubblico, dichiara di attenersi;*
 - d) sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate ai sensi dell'articolo 114, comma 2.*
- 2. I membri del collegio sindacale assistono alle assemblee ed alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo. I sindaci, che non assistono senza giustificato motivo alle assemblee o, durante un esercizio sociale, a due adunanze del consiglio d'amministrazione o del comitato esecutivo, decadono dall'ufficio.*
 - 3. Il collegio sindacale comunica senza indugio alla CONSOB le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza e trasmette i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione.*
 - 4. Il comma 3 non si applica alle società con azioni quotate solo in mercati regolamentati di altri paesi dell'Unione Europea.*
- 4-bis. Al consiglio di sorveglianza si applicano i commi 1, 3 e 4. Almeno un componente del consiglio di sorveglianza partecipa alle riunioni del consiglio di gestione.*
- 4-ter. Al comitato per il controllo sulla gestione si applicano i commi 1, limitatamente alle lettere c-bis) e d), 3 e 4”.*

Per quanto qui di interesse, occorre porre l'attenzione sul dettato del comma 1, lettera b) e c-bis), nonché del successivo comma 3 dell'articolo in esame, atteso che, nella specie, il sindaco è stato condannato a causa dell'accertata non adeguata vigilanza delle operazioni poste in essere dalla società, in violazione del citato art. 149 comma 1, lettera b e c-bis e per omessa segnalazione alla Consob delle irregolarità riscontrate in violazione del medesimo art. 149 comma 3.

Ciò che rileva, invero, è la condotta posta in essere dai sindaci che devono vigilare sul corretto svolgimento degli assetti organizzativi e del sistema di controllo interno e, qualora riscontrino irregolarità, devono prontamente comunicarle alla Consob, quale superiore organismo di vigilanza.

Del resto, il dovere dell'organo di controllo (vale a dire del collegio sindacale) di comunicare alla Consob le irregolarità riscontrate nell'esercizio dell'attività di vigilanza si inserisce nel novero delle disposizioni dettate per la difesa della trasparenza e del regolare funzionamento dei mercati finanziari. Il dovere di comunicazione, quindi, configura una responsabilità distinta ed ulteriore rispetto a quella di vigilanza, con l'effetto che un esercizio non diligente dei compiti di vigilanza può essere fonte di una duplice responsabilità, anzitutto per non aver riscontrato e poi, di conseguenza, per non aver comunicato l'irregolarità intervenuta.

La violazione di ciascuno dei due doveri, infatti, è assistita dalla previsione di una sanzione amministrativa (1).

Il dovere di segnalazione delle irregolarità si inquadra nella volontà del legislatore di coordinare l'attività dell'organo di controllo delle società quotate con le iniziative di vigilanza della Consob, atteso che le informazioni trasmesse concorrono a porre l'Autorità in condizione di attivare con tempestività le iniziative più opportune per impedire o mitigare lesioni attuali o potenziali degli interessi dei risparmiatori. Tant'è che il valore della comunicazione risiede nella sua prossimità temporale ai fatti o agli eventi che ne costituiscono il contenuto.

Ovviamente, l'adempimento del dovere di comunicazione (i) postula l'esercizio da parte del collegio sindacale di una diligente attività di controllo nelle aree di sua competenza, (ii) richiede la valutazione accorta e professionale delle informazioni raccolte e, ove ne emergano i fondamenti, (iii) impone la qualificazione in termini di

irregolarità dei fatti e dei comportamenti cui le informazioni si riferiscono. Questo premesso, non può non rilevarsi come il dovere del collegio sindacale di comunicare le irregolarità riscontrate negli ambiti della sua vigilanza abbia sollevato da sempre rilevanti problemi interpretativi soprattutto in merito al concetto di irregolarità.

Basti a tal fine considerare che la vigilanza del collegio sindacale (che - giova ribadire - rileva principalmente in tema di osservanza dei principi di corretta gestione e di adeguatezza del sistema dei controlli interni amministrativi) si esercita in ambiti ampiamente pervasi da valutazioni di merito, regole tecniche e procedure organizzative; ambiti rispetto ai quali i giudizi di regolarità/irregolarità non si declinano, o si declinano solo in parte, in base a canoni giuridici.

I dubbi interpretativi concernono anche la natura e le finalità del coordinamento funzionale che, nel processo finalizzato all'adempimento dei compiti informativi, si instaura tra l'organo di controllo e l'Autorità.

Al riguardo, non va sottaciuto che, ai fini della migliore comprensione della teleologia di tale coordinamento, non è indifferente il contenuto delle informazioni che formano oggetto della comunicazione. E, invero, la natura del rapporto organizzativo tra le due Entità può mutare significato e portata proprio in funzione dell'interpretazione attribuita al concetto di irregolarità. A diversa interpretazione del concetto corrisponde infatti, almeno in parte, differente contenuto dell'informazione comunicata.

La dottrina, da un lato, e la giurisprudenza, dall'altro, leggono diversamente i doveri di comunicazione dell'organo di controllo.

L'art. 149 del T.U.F. qualifica "irregolarità" gli atti e i fatti che violano le norme e i principi alla cui vigilanza è chiamato l'organo di controllo, vale a dire l'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, il rispetto dei principi di corretta amministrazione, l'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile (cfr. art. 149, comma 1 T.U.F.).

Secondo la giurisprudenza prevalente la disciplina della comunicazione ex art. 149 T.U.F. è volta a rafforzare, anche a mezzo del coordinamento delle iniziative delle due entità, il presidio della corretta gestione societaria, sia dell'emittente che di sistema. Il collegio sindacale, pertanto, secondo l'interpretazione giurisprudenziale qui considerata, condivide con la Consob una finalità di garanzia sovraordinata rispetto a quella riferibile alla correttezza degli assetti procedurali, amministrativi ed

organizzativi della società alla quale è preposto.

Di conseguenza, il collegio sindacale, nell'esercizio della sua funzione, non ha titolo per adottare criteri restrittivi, e pertanto discrezionali, nel processo di identificazione, valutazione e segnalazione alla Consob di irregolarità riscontrate. Non è, quindi, consentito all'ente di controllo selezionare le irregolarità in funzione della loro materialità, sanabilità o rilevanza funzionale rispetto ad assunte finalità istituzionali dell'Autorità di vigilanza.

La dottrina prevalente non condivide l'interpretazione giurisprudenziale qui riferita e sostiene, argomentatamente, la legittimità di un'interpretazione restrittiva della portata dell'obbligo di comunicazione delle irregolarità. Il concetto di irregolarità si coglie, secondo gli interpreti più autorevoli, solo se si considerano le finalità che l'Autorità si propone istituzionalmente di conseguire per il tramite delle informazioni comunicate dal collegio sindacale. L'informazione trasmessa dal collegio, secondo la dottrina, assolve al compito per il quale è richiesta solamente se contribuisce a favorire l'intervento tempestivo dell'Autorità per il presidio del corretto funzionamento del mercato finanziario.

L'interpretazione divergente del concetto di irregolarità da parte di dottrina e giurisprudenza ha determinato comportamenti eterogenei degli organi di controllo delle società quotate ed ha alimentato un rilevante contenzioso con l'Autorità di vigilanza.

In tale contesto, è stato auspicato che l'Autorità definisse un indirizzo applicativo della norma atto a favorire condotte uniformi.

L'auspicio, tuttavia, non è stato soddisfatto e, ragionevolmente, non potrà esserlo, salvo un (futuro) preciso intervento legislativo al riguardo.

Allo stato, infatti, l'eventuale raccomandazione dell'Autorità potrebbe trovarsi in contrasto con l'interpretazione del mercato, in conflitto con quella giurisprudenziale e potrebbe altresì stimolare iniziative elusive o di aggiramento da parte di soggetti vigilati.

Un tentativo per comporre l'ampia divergenza di opinioni in merito al concetto di "irregolarità" può forse essere avviato approfondendo le indicazioni che emergono da un esame storico degli orientamenti assunti dall'Autorità di vigilanza e delle decisioni dell'attività sanzionatoria e giudiziale. Un primo riferimento utile per lo

scopo considerato si trova nella Comunicazione che la Consob, richiamandosi al disposto dell'art. 2403 c.c., trasmise ai consigli di amministrazione, ai collegi sindacali delle società quotate ed alle società di revisione in prossimità dell'emanazione del Testo Unico della Finanza. Con il suo indirizzo, l'Autorità intese raccomandare "comportamenti ritenuti idonei, in date circostanze, a consentire che l'azione di controllo di detti organi e soggetti persegua la massima efficacia e trasparenza nell'ottica della tutela dei patrimoni sociali e delle minoranze azionarie". In sintonia con il T.U.F. e con la riforma societaria - che, successivamente, eleveranno i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori - la raccomandazione sottolinea, in particolare, che il collegio sindacale, nell'esercizio dei suoi compiti, deve vigilare che la legge e lo statuto siano osservati e "che le scelte degli amministratori siano conformi ai canoni di una buona amministrazione e compatibili con i fini della società"

Il collegio sindacale, invece, interpretando la raccomandazione, ha anzitutto il dovere di valutare la legalità delle decisioni e, nella nel rispetto dei principi di corretta gestione, deve apprezzare la razionalità delle scelte dell'organo amministrativo, verificando che esse siano adottate in modo informato e trasparente, in piena osservanza delle regole della governance societaria e nella consapevolezza della natura e della misura dei rischi con esse assunti, nonché nella coerenza dei medesimi con la politica di rischio predefinita dal consiglio di amministrazione nella sua collegialità. Secondo l'Autorità, il controllo della conformità degli atti compiuti dagli amministratori ai principi di corretta gestione richiede al collegio sindacale di tenere un comportamento vigile anche e soprattutto nei riguardi delle operazioni che presentano caratteri non ordinari.

L'Autorità richiede infatti al collegio sindacale di "accertare le modalità di realizzazione" delle operazioni che presentano elementi di criticità, delle operazioni atipiche o inusuali e di quelle che assumono un'incidenza rilevante sulla situazione economico finanziaria della società o di società appartenenti al gruppo del quale essa fa capo, delle operazioni infragruppo ed in genere delle operazioni con parti correlate o che presentano profili di conflitto di interessi. Relativamente a tali operazioni, il collegio sindacale esercita la vigilanza approfondendo le informazioni fornite al consiglio di amministrazione dagli organi delegati, quelle originate dal sistema dei controlli interni e, all'occorrenza, quelle ottenute con l'uso dei poteri di

iniziativa di cui dispone. La Comunicazione considerata ha il merito di delineare, in termini sufficientemente precisi, il significato che, nell'interpretazione dell'Autorità, deve essere attribuito alla vigilanza del rispetto della legalità degli atti compiuti e, per quanto rilevante in questa nota, alla vigilanza della conformità degli atti ai principi di corretta gestione. La Comunicazione non pare oggi superata da nuovi e diversi indirizzi dell'Autorità o da successive disposizioni normative.

Sempre nella ricerca di una ragionevole interpretazione del concetto di "irregolarità" qui considerato, meritano attenzione anche i provvedimenti sanzionatori della Consob. In sintesi, l'attività sanzionatoria ha sempre avuto ad oggetto violazioni di norme, regolamenti o principi di corretta gestione per operazioni od atti compiuti dagli amministratori collegialmente o singolarmente e/o da soggetti da essi delegati. Da ciò si può ragionevolmente dedurre che non tutte le violazioni di norme e procedure che si manifestano nell'attività della società e del gruppo di cui essa fa parte debbono considerarsi rilevanti ai fini della comunicazione, ma solo quelle violazioni che rientrano nella responsabilità gestoria dell'organo amministrativo, comprendendosi in esse anche quelle riferibili ai comitati esecutivi e ai delegati del Consiglio di Amministrazione.

Ove nella valutazione degli atti e delle operazioni assumano rilevanza parametri di ordine economico, organizzativo, tecnico e procedurale, il processo di qualificazione deve raccordarsi ai criteri che il collegio deve osservare nelle sue valutazioni di vigilanza.

Di conseguenza, l'accertamento di eventuali irregolarità deve essere condotto vagliando, oltre che la conformità degli atti e delle operazioni alle norme di legge e di statuto, la correttezza sostanziale dei processi che hanno condotto alla decisione e alla realizzazione delle operazioni, correttezza sostanziale da intendersi nei termini delineati nell'indirizzo formulato dall'Autorità di vigilanza commentato in precedenza. In tale prospettiva, l'attività di valutazione volta ad identificare le irregolarità richiede di verificare che le operazioni siano decise e realizzate in piena conformità alle regole di una governance societaria corretta ed efficiente, nel contesto di processi decisionali trasparenti, adeguatamente supportati, sul piano organizzativo, da competenze professionali appropriate e da flussi informativi affidabili, nel rispetto dei livelli di rischio sostenibile predefiniti dal Consiglio di Amministrazione. L'osservanza delle condizioni di legittimità sostanziale mitiga il rischio che le operazioni e gli atti societari siano decisi e realizzati in pregiudizio,

anche potenziale, agli interessi di stakeholders e di azionisti di minoranza e orienta la gestione, appunto, al rispetto dei principi di corretta amministrazione.

L'inosservanza delle descritte condizioni di legittimità sostanziale integra profili di irregolarità di atti, fatti e comportamenti.

Le evidenze dell'attività sanzionatoria segnalano che le operazioni qualificate come irregolari, oltre a non corrispondere a canoni di legittimità sostanziale, recano danno, attuale o potenziale, alla situazione patrimoniale della società e del gruppo, nonché, direttamente o indirettamente, agli interessi delle minoranze azionarie. Tale ultima osservazione consente di precisare ulteriormente il perimetro delle irregolarità comportamentali. Peraltro, nel valutare l'irregolarità di un'operazione ciò che rileva non è l'entità o la materialità del pregiudizio patrimoniale o finanziario arrecato bensì la presenza di anomalie legali, regolamentari o di processo in una operazione rilevante, ossia in un'operazione che deve ragionevolmente considerarsi "critica" alla luce degli indirizzi della dottrina, della giurisprudenza e dell'Autorità di vigilanza.

La vigilanza, poi, oltreché sulle operazioni, si esplica sull'adeguatezza delle strutture organizzative e del sistema dei controlli interni societari, con la conseguenza che l'attività sanzionatoria si estende anche alle anomalie accertate di tale natura.

Del resto, il livello di efficacia del sistema organizzativo dei controlli interni condiziona ampiamente la qualità della vigilanza svolta dal collegio sindacale. Nell'amministrazione di una grande impresa, quale può essere quella esercitata da una società quotata, la possibilità, ad un tempo, di disporre di una visione d'insieme della complessiva attività di gestione, di accedere alle informazioni attinenti alle operazioni critiche e di conoscere, per eccezione, fatti ed atti che costituiscono irregolarità può essere ottenuta solamente con il concorso di un sistema organizzativo di controlli interni e di gestione del rischio efficiente e continuamente adattato agli sviluppi della società nei diversi segmenti in cui opera. Va peraltro osservato che la configurazione e l'aggiornamento del sistema dei controlli interni non compete al collegio sindacale, bensì al consiglio di amministrazione nell'esercizio delle funzioni che la disciplina societaria gli attribuisce. A tale scopo, il consiglio di amministrazione si avvale di comitati, costituiti al proprio interno, e di organi e funzioni societarie esterne al proprio ambito che tuttavia ad esso si richiamano.

L'incrocio di processi di vigilanza richiamati, con finalità parzialmente diverse, su un unico sistema di controlli, configurato e gestito da responsabilità differenti da quelle del collegio sindacale, dà evidenza alla criticità dell'accertamento rimesso alla valutazione e alla responsabilità di quest'ultimo.

A tale proposito, giova rilevare che la verifica che il collegio sindacale compie nei riguardi del sistema dei controlli interni deve ispirarsi agli stessi criteri che esso deve adottare nell'esercizio della vigilanza del rispetto dei principi di corretta gestione. La verifica pertanto deve innanzitutto essere volta ad accertare l'efficacia degli assetti amministrativi, organizzativi ed informativi in ordine al soddisfacimento dei principi di legalità e di razionalità delle scelte ed a valutare, in termini appropriati, la comprensività e la trasparenza del sistema, nonché la sua attitudine a monitorare in modo appropriato, la "prudenza gestionale" degli organi di governo, intesa come la consapevolezza dei medesimi circa la natura e la misura dei rischi che conseguono alle loro decisioni.

In sintonia con i principi generali, il collegio sindacale non ha la responsabilità di verificare che l'assetto ed il funzionamento del sistema dei controlli interni, oltre che efficace, sia anche economicamente efficiente ed allineato agli orientamenti strategici che il consiglio di amministrazione, programmaticamente, intende proporsi di assumere. Tale responsabilità va ascritta ai soli compiti di quest'ultimo e dei delegati per le attività di controllo con funzioni istruttorie, operative e di garanzia.

Ne consegue che i parametri che, nell'attività istruttoria, il collegio deve considerare ai fini dell'identificazione della presenza di eventuali irregolarità del sistema dei controlli interni sono ancora una volta legati alla vigilanza del rispetto della legalità degli atti ed ai principi di corretta amministrazione.

Così ad esempio, il collegio sindacale, che nell'esercizio della vigilanza, accerti che il sistema dei controlli interni sia incompleto in uno o più ambiti o non sia articolato in coerenza con le funzioni, le responsabilità ed i compiti organizzativi, ovvero accerti che i flussi informativi rilevanti che esso produce non siano, anche solo potenzialmente, affidabili o che essi non siano appropriatamente assistiti tecnologicamente o non siano canalizzati, per tempi e/o contenuti, verso le responsabilità decisionali o di controllo - tra loro adeguatamente segregate - che se

ne devono avvalere, deve proporsi di valutarne le possibili conseguenze nella prospettiva per esso rilevante.

Qualora il collegio sindacale, a conclusione delle verifiche svolte nelle forme tecnicamente ed organizzativamente più appropriate, accerti che il sistema dei controlli interni non è in condizione di rilevare i diversi profili che qualificano gli indici di rischiosità o di possibile anomalia di operazioni critiche ovvero non è in grado di controllare o di intercettare rischi di rilievo sistemico per l'integrità economica, patrimoniale o reputazionale della società deve ragionevolmente usare i propri poteri di iniziativa e, verosimilmente, accertare la presenza di un'irregolarità, con quanto consegue.

Le verifiche che il collegio svolge, anche nell'intento di adempiere al dovere di comunicazione delle irregolarità, si estendono oltre la vigilanza del sistema dei controlli interni. Il collegio deve infatti tra l'altro monitorare i flussi informativi originati dal sistema dei controlli interni e da ogni altra fonte societaria. La vigilanza dei flussi informativi, in ragione dell'ordinaria rilevante dimensione della società quotata, si svolge, per necessità, in termini selettivi. La selezione delle informazioni è operata con l'obiettivo di focalizzare le verifiche negli ambiti organizzativi dei settori di attività che presentano maggiore rilevanza per l'integrità degli interessi sociali.

La pianificazione dell'attività di monitoraggio degli ambiti prioritari suggerisce di valutare preliminarmente i "rischi residui" pertinenti a tutti gli ambiti sui quali deve estendersi la vigilanza. L'identificazione degli ambiti su cui focalizzare specifiche verifiche deve in principio essere il risultato di un'attività sistematica di valutazione di tali rischi. La valutazione dei rischi residui presenti in ogni ambito omogeneo di processi della gestione della società e del gruppo cui essa partecipa richiede di identificare preliminarmente, per ciascun ambito, la natura e l'impatto dei possibili eventi negativi, nonché la probabilità del loro manifestarsi. La probabilità di manifestazione di eventi negativi identificabili.

In conclusione, non può non evidenziarsi che le difficoltà applicative della norma che regola i doveri di comunicazione alla Consob delle irregolarità riscontrate si sono accresciute anche a causa delle divergenti interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza, con la conseguenza che i collegi sindacali – in assenza di

riferimenti consolidati – hanno assunto comportamenti eterogenei, alimentando un crescente contenzioso amministrativo.

Per superare la problematica, alcuni studiosi ed operatori in materie aziendali hanno formulato una proposta che si sviluppa intorno all'ipotesi che il collegio sindacale debba vigilare il rispetto della legalità sostanziale dei fatti e degli atti gestori controllando anzitutto l'aderenza ai principi di corretta amministrazione dei processi organizzativi e decisionali societari.

L'interpretazione del concetto di irregolarità in funzione del criterio anzidetto, ad avviso di chi scrive, può ridurre l'incertezza dei comportamenti da assumere per il rispetto del dettato normativo e, di conseguenza, rendere maggiormente prevedibili i contorni dell'attività sanzionatoria della Consob.

La pronuncia della Cassazione n. 301/2019

Con la pronuncia in esame, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso di un membro del collegio sindacale di Telecom, destinatario di un provvedimento sanzionatorio con il quale gli era stata irrogata una sanzione per la violazione dell'art.149 comma 1 lettere b) e c-bis) del TUF (in relazione alla non adeguata vigilanza), ed una per la violazione dell'art.149 comma 3 (in relazione all'omessa segnalazione).

Nella vicenda in esame, all'esito dell'attività di vigilanza svolta da CONSOB sulla condotta posta in essere da Telecom Italia Spa in relazione al prestito obbligazionario subordinato equity-linked a tasso fisso per 1.300 milioni di Euro a conversione obbligatoria, emesso da Telecom Finance SA il 7.11.2013 con scadenza 16.11.2016 e garantito da Telecom spa, veniva riscontrato che il collegio sindacale di quest'ultima, del quale il sindaco-ricorrente faceva parte, non aveva svolto in modo adeguato la funzione di controllo e non aveva comunicato alla CONSOB la mancata sottoposizione al consiglio di amministrazione della società del comunicato stampa concernente l'emissione del predetto prestito, in contrasto con quanto stabilito dalla procedura aziendale di Telecom per la gestione e comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate.

Di conseguenza, con delibera n.19316 del 7/8/2015, veniva irrogata al ricorrente la sanzione di Euro 55.000,00, di cui Euro 30.000,00 per violazione dell'art. 149, comma 1, lett. b) e c-bis) del TUF (in relazione alla non adeguata vigilanza) ed Euro

25.000,00 per violazione dell'art. 149, comma 3 (in relazione all'omessa segnalazione).

Avverso tale delibera, il sindaco proponeva gravame innanzi la Corte di Appello di Milano, che, con sentenza n. 21/2016, rigettava l'opposizione, ritenendo irrilevante la mancata conclusione del procedimento sanzionatorio nel termine di 180 giorni dalla contestazione degli addebiti, anche perché nella specie il superamento di detto termine era stato causato dalla decisione di CONSOB di evitare la definizione del procedimento medesimo prima dell'entrata in vigore del nuovo regolamento, approvato il 29/5/2015 (con cui è stato ampliato il diritto di difesa secondo le nuove prescrizioni ivi contenute). Veniva ritenuta del pari irrilevante la mancata comunicazione all'interessato della proposta sanzionatoria, anche considerato che CONSOB aveva comunque trasmesso al sindaco, in data 5/6/2015, la relazione contenente la quantificazione della sanzione, così consentendogli di esercitare pienamente il suo diritto di difesa. Inoltre, veniva ritenuto che le condotte contestate al ricorrente integrassero le ipotesi di cui all'art. 149 TUF e veniva confermata la sanzione, anche nel quantum, sul presupposto che alle violazioni già commesse alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 72 del 2015 non si potessero applicare, giusta l'art. 6 di detto decreto, le nuove e più miti norme sanzionatorie ivi contenute.

Il sindaco ha, quindi, proposto ricorso per cassazione avverso detta decisione, affidandosi a quattro motivi, nell'ultimo dei quali si pone anche una questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 72 del 2015, art. 6 per asserita contrarietà della norma all'art. 3 Cost., art. 25 Cost., comma 2, art. 117 Cost., comma 1, nonché artt. 6 e 7 CEDU.

La Suprema Corte, nel rigettare il ricorso, ha ribadito che *"In tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, la complessa articolazione della struttura organizzativa di una società di investimenti non può comportare l'esclusione od anche il semplice affievolimento del potere-dovere di controllo riconducibile a ciascuno dei componenti del collegio sindacale, i quali, in caso di accertate carenze delle procedure aziendali predisposte per la corretta gestione societaria, sono sanzionabili a titolo di concorso omissivo quoad functionem, gravando sui sindaci, da un lato, l'obbligo di vigilanza - in funzione non soltanto della salvaguardia degli interessi degli azionisti nei confronti di atti di abuso di gestione da*

parte degli amministratori, ma anche della verifica dell'adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno della società di investimenti, secondo parametri procedurali dettati dalla normativa regolamentare Consob, a garanzia degli investitori - e, dall'altro lato, l'obbligo legale di denuncia immediata alla Banca d'Italia ed alla Consob" (Cass. Sez. U, Sentenza n.20934 del 30/09/2009, Rv.610514; conf. Cass. Sez. 1, Sentenza n.6037 del 29/03/2016, Rv.639053). La responsabilità dei sindaci si ritiene quindi sussistente in ogni caso di "... omesso o inadeguato esercizio dell'attività di controllo..., non essendo il danno un elemento costitutivo dell'illecito, quanto invece parametro per la determinazione della sanzione; la responsabilità dei sindaci sussiste, dunque, indipendentemente dall'esito delle singole operazioni ed anche a fronte di insufficienti informazioni da parte degli amministratori, potendo gli stessi avvalersi della vasta gamma di strumenti informativi ed istruttori, prevista dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 149" (Cass. Sez. 2, Sentenza n.5357 del 07/03/2018, Rv.647847). Ed invero la funzione del collegio sindacale si estrinseca nel controllo del regolare svolgimento della gestione della società, posto che "Il dovere di vigilanza e di controllo imposto ai sindaci delle società per azioni ex art. 2403 c.c. non è circoscritto all'operato degli amministratori, ma si estende a tutta l'attività sociale, con funzione di tutela non solo dell'interesse dei soci, ma anche di quello, concorrente, dei creditori sociali, e ricomprende, pertanto, anche l'obbligo di segnalare tutte le situazioni che esigano, in applicazione degli artt. 2446 e 2447 c.c., la riduzione del capitale sociale" (Cass. Sez. 1, Sentenza n.2772 del 24/03/1999, Rv.524490; conf. Cass. Sez. 1, Sentenza n.5287 del 28/05/1998, Rv.515885)".

In altre parole, il dovere di vigilanza e di controllo imposto ai sindaci delle società per azioni ex art. 2403 c.c. (ai sensi del quale il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge, dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società nonché sul suo corretto funzionamento) non è circoscritto all'operato degli amministratori bensì si estende a tutta l'attività sociale, con funzione di tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello, concorrente, dei creditori sociali, e ricomprende, pertanto, anche l'obbligo di segnalare tutte le situazioni che esigano la riduzione del capitale sociale.

Nelle società quotate, in vista della funzione di garanzia dell'equilibrio del mercato, tale dovere si fa ancora più stringente.

La Corte ha poi precisato che, in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, la complessa

articolazione della struttura organizzativa di una società di investimenti non può comportare l'esclusione od anche il semplice affievolimento del potere-dovere di controllo riconducibile a ciascuno dei componenti del collegio sindacale, i quali, in caso di accertate carenze delle procedure aziendali predisposte per la corretta gestione societaria, sono sanzionabili a titolo di concorso omissivo quoad functionem, gravando sui sindaci, da un lato, l'obbligo di vigilanza - in funzione non soltanto della salvaguardia degli interessi degli azionisti nei confronti di atti di abuso di gestione da parte degli amministratori ma anche della verifica dell'adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno della società di investimenti, secondo parametri procedurali dettati dalla normativa regolamentare Consob, a garanzia degli investitori - e, dall'altro lato, l'obbligo legale di denuncia immediata alla Banca d'Italia ed alla Consob. La corretta applicazione dei principi appena richiamati impone di considerare cogenti, per la società, anche le norme di autodisciplina previste da disposizioni interne, ancorché maggiormente stringenti rispetto alle disposizioni di portata generale poste dalla legge, dalle fonti regolamentari o dai codici di autodisciplina.

In sintesi, nel momento in cui la società, all'esito di una scelta del tutto libera, decide di adottare norme di condotta aziendale e di estrinsecare tale decisione al mercato, la stessa è vincolata alla loro rigorosa osservanza, rappresentando la scelta di cui sopra una volontaria autolimitazione da parte dell'operatore del mercato.

Correttamente, quindi, la Suprema Corte - uniformandosi alle precedenti pronunce - ha ritenuto il sindaco responsabile sia per inadeguata vigilanza sia per la mancata comunicazione alla Consob delle irregolarità riscontrate, evidenziando come il contenuto del controllo demandato al collegio sindacale sia particolarmente incisivo e stringente poiché avente ad oggetto, in termini generali, la corretta gestione della società, non soltanto sotto il profilo amministrativo-contabile ma anche con riferimento alle scelte gestionali, alla loro coerenza rispetto allo scopo sociale, alla condivisibilità delle singole operazioni poste in essere dal CdA e dagli altri organi di gestione della società, pure tenuto conto delle effettive condizioni economiche e patrimoniali di quest'ultima, dell'esistenza di ipotesi di conflitto di interessi, reale o potenziale, ed in genere di ogni altro evento rilevante per la vita sociale.

Del resto, attesa la funzione di garanzia che è deputato a svolgere nell'ambito delle società (soprattutto - giova ribadire - se quotate e strutturate in un'articolazione

interna complessa), il collegio sindacale è investito di uno stringente dovere di costante verifica della corrispondenza dei meccanismi di gestione della società al paradigma della corretta amministrazione, così come definito dalla scienza dell'economia aziendale. Ne discende che, qualora risulti inadempiente rispetto ai propri doveri, il sindaco debba essere necessariamente sanzionato. E ciò nell'ottica e con l'obiettivo di tutelare non solo i soci e i risparmiatori ma anche il (più ampio) regolare funzionamento dei mercati finanziari.

(1) Nel dispositivo della sentenza 10 febbraio 2009, n. 3251, la Corte di Cassazione osserva che l'art. 149, comma 3, T.U.F., « *configurando l'obbligo (di comunicazione) come un corollario del dovere di vigilanza, esclude che l'omissione della comunicazione possa ritenersi non punibile ove i sindaci non provino che la loro inosservanza dell'obbligo di comunicazione sia dovuta ad un'impossibilità di riscontrare l'irregolarità conseguente a caso fortuito o forza maggiore*».