



kompetenzzentrum  
revisionsrecht

# NEWSLETTER

NR.17

aprile 2018

## ULTERIORE INASPRIMENTO DI RESPONSABILITÀ PER I CONSIGLI D'AMMINISTRAZIONE? - PAGAMENTO DEI CONTRIBUTI AVS POCO PRIMA DELL'APERTURA DEL FALLIMENTO

*Redatto da: Rico A. Camponovo*

L'art. 52 della legge AVS è da decenni un sinonimo per un'elevata responsabilità personale per i consigli d'amministrazione. Un'attuale decisione porta ad un'ulteriore incremento della responsabilità.

**Se la società si ritrova con problemi finanziari, è chiaro per ogni consiglio d'amministrazione che bisogna prestare particolare attenzione agli arretrati dell'assicurazione sociale. Se non è possibile sanare i conti, tali arretrati saranno pagati nella misura del possibile. È infatti assolutamente certo, che subito dopo interverrà l'AVS che ci rende personalmente responsabili per gli arretrati. Di recente, tuttavia, neanche il pagamento degli arretrati è più sufficiente per evitare la responsabilità. Parleremo di questo caso durante il seminario "Questioni giuridiche attuali dell'ufficio di revisione delle PMI" del 2018.**

### **Scenario**

Il consiglio d'amministrazione non svolge un compito facile: tantomeno quando la società si trova in difficoltà economiche. Anche se vi sono possibilità di risanamento, esso deve occuparsi, oltre a questo compito non facile, anche degli arretrati presso le assicurazioni sociali. È da decenni, infatti, che l'AVS gode di un "privilegio nel fallimento" speciale, grazie al quale si trova in una posizione di vantaggio rispetto ai creditori della prima classe di fallimento (l'AVS era

parte della seconda classe). Inoltre, c'è da considerare che nelle fasi di risanamento vi è una mancanza di liquidità e di capitale proprio, di conseguenza si crea la tendenza a prorogare il pagamento ai creditori. Spesso sono proprio gli arretrati di pagamento dell'AVS ad accumularsi. Una volta accertato che il risanamento non riesce, il CdA mette insieme gli ultimi soldi per pagare, nella misura del possibile e prima della dichiarazione di fallimento, gli arretrati dell'AVS. Questa "responsabilità causale" di fatto del CdA è di per sé problematica, poiché ha effetto anche se il quest'ultimo non ha commesso alcuna violazione degli obblighi.

Poiché molto raramente si applicano azioni di responsabilità, (un fallimento infatti non significa automaticamente che vi sia stata una violazione degli obblighi), egli spera di tutelarsi in questo modo il più possibile da azioni di responsabilità personali. Questa pratica potrebbe tuttavia appartenere d'ora in poi al passato, poiché con la decisione del 14 marzo 2017, il Tribunale federale obbliga l'AVS a rimborsare tali pagamenti alla massa fallimentare.

### **Considerazioni di fatto sulla decisione del Tribunale federale del 14 marzo 2017 – poco prima della dichiarazione di fallimento**

Y era il principale azionista/presidente del consiglio d'amministrazione della Y SA (Sede nel Canton Vaud, industria dell'orologeria). La Y SA si trova dal 2009 in difficoltà economiche. Nell'anno 2009 vi sono stati addirittura 8 esecuzioni della Y SA da parte dell'AVS. A settembre 2009 la Y SA accetta un piano di pagamento degli arretrati AVS. Dopo il pagamento delle prime rate, già nel mese di dicembre del 2009, si osserva un'irregolarità nei pagamenti. Gli arretrati dell'AVS ammontavano a quel punto a 1.6 milioni di Franchi.

Dal 18 gennaio 2010 il consiglio di amministrazione non potendo rispettare il piano di risanamento, ha consegnato al giudice fallimentare il deposito di bilancio. 2 giorni dopo, il 20 gennaio, esso vende diversi attivi al prezzo di 2.6 milioni di CHF e provvede il 21 gennaio immediatamente al versamento di 0.78 milioni di CHF all'AVS (+CHF 0.8 milioni di LPP).

Anche il 21 gennaio la Y SA riceve una lettera da parte dell'AVS con la comunicazione che gli arretrati del 2009 hanno raggiunto la cifra di 0.12 milioni di CHF. Nella medesima, l'AVS minaccia il consiglio d'amministrazione di sporgere denuncia in caso di mancato pagamento degli arretrati.

Contemporaneamente il 21 gennaio nella stampa locale viene comunicato il deposito di bilancio della Y SA, e anche che 90 posti di lavoro sarebbero in pericolo e che gli stipendi e le gratificazioni per il mese di dicembre non sarebbero stati erogati. Il consiglio d'amministrazione vende il 22 gennaio nuovamente attivi al prezzo di 3.2 milioni di CHF, provvedendo il giorno stesso al versamento di 1.1 milioni di CHF all'AVS (+ 1.4 milioni LPP).

Già il 22 gennaio si poteva leggere sul giornale, che la Y SA avrebbe ancora pagato gli arretrati dell'assicurazione sociale e che avrebbe già dichiarato fallimento. Il 25 gennaio si apre il fallimento della Y SA.

### **Situazione dopo l'apertura di fallimento**

Nell'anno 2011, gli arretrati definitivi del fallimento della Y SA ammontavano a 29.5 milioni di CHF. Per i dipendenti in qualità di creditore di prima classe fallimentare risultava una quota del 34%. Per i creditori della seconda e terza classe la quota era invece pari solamente allo 0.0001 %. Anche l'AVS presentava un saldo restante pari a 0.61 milioni di CHF, collocati nella seconda classe.

Poiché l'AVS non era disposta a rimborsare volontariamente i pagamenti pari a 1.87 milioni di CHF eseguiti poco prima dell'apertura del fallimento, la massa dell'Y SA ha querelato nel 2012 l'AVS per il rimborso di 1.87 milioni di CHF per i pagamenti preferenziali ai sensi dell'art. 288 LEF (azione pauliana).

### **Argomenti nel processo d'appello**

La Y SA accusa l'AVS di violazione dell'art. 288 LEF:

*“Art. 288 LEF: Sono infine revocabili tutti gli atti che il debitore ha compiuto nei cinque anni precedenti il pignoramento o la dichiarazione di fallimento con l'intenzione, riconoscibile dall'altra parte, di recar pregiudizio ai suoi creditori o di favorirne alcuni a detrimento di altri.”*

La Y SA argomenta che con il pagamento dei 1.87 milioni di CHF sia stato recato un danno agli altri creditori e che l'AVS sia stata avvantaggiata. È altresì comprovato che il consiglio d'amministrazione abbia provveduto a questi pagamenti con l'intenzione di uno svantaggio/agevolazione dei creditori. Inoltre è stata comprovata la riconoscibilità di questa intenzione da parte dell'AVS.

L'AVS si è rifiutata ad effettuare il rimborso, poiché i pagamenti in questione sono stati erogati prima del fallimento e perché non sarebbe stata a conoscenza del fatto che ciò avrebbe danneggiato altri creditori. L'AVS contesta inoltre l'intenzione di agevolazione da parte del consiglio d'amministrazione, dato che il pagamento sarebbe stato obbligatorio per legge. Le

mancate possibilità di risanamento al momento del pagamento sarebbero quindi irrilevanti, inoltre l'AVS non avrebbe neanche avuto alcuna influenza sugli interessi dei creditori, in quanto beneficiario beneficiaria degli importi.

### ***Decisione del Tribunale federale***

Tutte le 3 istanze hanno obbligato l'AVS a rimborsare gli 1.87 milioni di CHF. L'art. 288 prevedeva infatti di mettere la massa fallimentare nella situazione che si sarebbe presentata senza le azioni illecite.

Con il pagamento sarebbe stato recato un danno agli altri creditori.

Inoltre, i tribunali confermano che questi pagamenti sono avvenuti con questa intenzione da parte del consiglio d'amministrazione, considerato che al momento del pagamento non vi erano più possibilità di risanamento e che il pagamento non abbia agevolato tutti i creditori (bensì solamente l'AVS) e dato che i pagamenti siano avvenuti dopo il deposito di bilancio e infine perché in tale momento il fallimento risultava inevitabile.

Il Tribunale federale conferma anche che tali intenzioni da parte del consiglio d'amministrazione erano ben riconoscibili per l'AVS. L'AVS era infatti da tempo a conoscenza dei problemi della Y SA, avendo già effettuato 8 esecuzioni ed avendo già concordato un piano di pagamento, il quale dopo breve tempo non è stato più osservato. Anche la minaccia di una denuncia contro il consiglio d'amministrazione proverebbe che l'AVS era a conoscenza dei problemi finanziari della Y SA. Inoltre, l'AVS era a conoscenza degli articoli sul giornale. Sono stati calcolati anche tutti i pagamenti della Y SA per vecchie esigibilità, il che dimostra che l'AVS aveva riconosciuto le intenzioni del consiglio d'amministrazione. Inoltre l'AVS era a conoscenza che i lavoratori dipendenti avrebbero potuto subire uno svantaggio. L'AVS avrebbe dovuto quindi insospettirsi di questi pagamenti.

L'AVS avrebbe quindi dovuto rimborsare alla Y SA i 1.87 milioni di CHF inclusi gli interessi maturati dal 2010.

### ***Decisione del tribunale – conseguenze***

Finora era quasi una prassi pagare prima del fallimento d'AVS, come "pratica di autodifesa". Tale decisione mette in discussione questa pratica? Tendenzialmente sì. Con questa sentenza, il consiglio d'amministrazione viene maggiormente esposto. Una protezione dalla responsabilità personale sarebbe a questo punto ancora possibile, se il pagamento fosse erogato in tempo e nella misura del possibile con regolarità (sicuramente non dopo il deposito di bilancio!), il che significa che gli arretrati non dovrebbero accumularsi. Se tuttavia questo si verifica, il pagamento potrebbe diventare inoppugnabile se l'AVS non fosse a conoscenza o minimamente a conoscenza dei problemi economici prima del pagamento.

### ***Considerazioni finali***

È importante anche per i revisori e fiduciari conoscere questi nuovi sviluppi, tanto più che loro stessi sono spesso organi esecutivi di diverse società o assistano quest'ultime come fiduciari o consulenti.

### **DA NON DIMENTICARE:**

**Questi ed altri argomenti di attualità verranno nuovamente discussi nel 2018 durante il seminario "Questioni giuridiche attuali dell'ufficio di revisione delle PMI". Registratevi ora. Il volantino e il contenuto sono disponibili sul sito:**

[web.www.kompetenzzentrum-revisionsrecht.ch](http://web.www.kompetenzzentrum-revisionsrecht.ch)

#### *Seminari 2018 in lingua italiana:*

- 14 settembre: LUGANO (Hôtel de la Paix)
- 17 settembre: LOCARNO (Belvedere)

**PS:** Sul sito web del Centro di competenza diritto della revisione potrà trovare sotto la rubrica "attualità" ulteriori informazioni importanti nonché le newsletter precedenti.