



# Ponti & Partners

PONTI DE PAULI PANELLA SPADETTO

[www.ponti-partners.it](http://www.ponti-partners.it)

PONTI & PARTNERS  
 RAPPRESENTA L'EVOLUZIONE  
 DELLO STUDIO LEGALE  
 PONTI, FONDATO NEL 1995  
 DALL'AVVOCATO LUCA PONTI.  
 NEGLI ULTIMI ANNI LO  
 STUDIO HA RAFFORZATO LA  
 PROPRIA STRUTTURA,  
 TRASFORMANDOSI IN  
 UN'ASSOCIAZIONE  
 PROFESSIONALE TRA IL  
 FONDATORE E I SUOI  
 COLLABORATORI, GLI  
 AVVOCATI LUCA DE PAULI,  
 PAOLO PANELLA E  
 FRANCESCA SPADETTO.

PONTI & PARTNERS PRESTA  
 LA PROPRIA ASSISTENZA  
 NELLE PRINCIPALI AREE DEL  
 DIRITTO DI IMPRESA, CON  
 PARTICOLARE RIFERIMENTO  
 AL DIRITTO COMMERCIALE E  
 SOCIETARIO, AL DIRITTO  
 BANCARIO, FINANZIARIO E  
 FALLIMENTARE, NONCHÉ AL  
 CAMPO DELLA  
 CONTRATTUALISTICA  
 NAZIONALE E  
 INTERNAZIONALE. OPERA  
 INOLTRE NEL CAMPO DEL  
 DIRITTO PENALE D'IMPRESA  
 E DELLA PUBBLICA  
 AMMINISTRAZIONE, NEL  
 DIRITTO DELL'AMBIENTE E  
 DELLA PIANIFICAZIONE  
 TERRITORIALE E  
 URBANISTICA E NEL DIRITTO  
 DEGLI APPALTI PUBBLICI.

I SOCI, INSIEME AGLI ALTRI  
 AVVOCATI DELLO STUDIO,  
 SONO PARTE INTEGRANTE DI  
 UNA STRUTTURA EFFICIENTE  
 E DINAMICA, FONDATA SUL  
 PATRIMONIO DIVERSIFICATO  
 DI COMPETENZE E  
 SULL'ELEVATA  
 PERSONALIZZAZIONE DEI  
 SERVIZI.

 PONTI & PARTNERS  
 PONTI DEPAULI PANELLA SPADETTO

 Partner  
 24 ORE

# LE NUOVE RESPONSABILITÀ CIVILI E PENALI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

Webinar Partner 24 ORE  
1 ottobre 2020

*Relatore: Avv. Luca Ponti*

UN  
APPROFONDIMENTO  
SUL COMPLESSO E  
MULTIDISCIPLINARE  
TEMA DELLA  
RESPONSABILITA'  
DEGLI  
AMMINISTRATORI  
DI SOCIETA' DI  
CAPITALI,  
QUOTIDIANAMENTE  
OPERANTI IN  
COSTANTE  
EQUILIBRIO SUL  
CRINALE CHE  
SEPARA LA  
RESPONSABILITA'  
CIVILE DALLA  
RESPONSABILITA'  
PENALE.

# LE NUOVE RESPONSABILITÀ CIVILI E PENALI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

1. L'AMMINISTRATORE DI FATTO
2. LA RESPONSABILITÀ DEL  
CONSIGLIERE SENZA DELEGHE
3. LA COMPARTECIPAZIONE CRIMINOSA  
NEI REATI FALLIMENTARI
4. IL CONFLITTO DI INTERESSI
5. LA BANCAROTTA PER EFFETTO DI  
OPERAZIONI DOLOSE

# 1. L'AMMINISTRATORE DI FATTO

- **L'amministratore di fatto** è quel soggetto che, pur non rivestendo alcuna qualifica ufficiale in una società, può comunque essere chiamato a rispondere in proprio per le attività poste in essere.
- E' una figura che è stata introdotta dalla giurisprudenza alla luce della necessità di individuare le responsabilità sostanziali di un soggetto indipendentemente dalle qualifiche formali rivestite in ambito societario.
- Viene definito amministratore di fatto colui che abbia in concreto svolto **attività di gestione e non solo meramente esecutive della società**; tale attività deve avere carattere sistematico, e non può esaurirsi nel solo compimento di taluni atti di natura eterogenea e occasionale.

# 1. L'AMMINISTRATORE DI FATTO – CONCLUSIONI -

- A tal proposito, è necessario richiamare i criteri stabiliti dall'articolo 2639 del codice civile che individua le caratteristiche attraverso le quali l'amministratore di fatto viene positivamente individuato e, in particolare, quando si realizza la compresenza dei seguenti elementi:

a) mancanza di un'efficace investitura assembleare ma

b) attività di gestione svolta in maniera continuativa, non episodica od occasionale ed

c) autonomia decisionale interna ed esterna, con funzioni operative e di rappresentanza

## 2. LA RESPONSABILITÀ DEL CONSIGLIERE SENZA DELEGHE

- Tutti gli imprenditori che operano in forma societaria o collettiva hanno il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, che sia anche funzionale alla rilevazione tempestiva di una eventuale crisi e della perdita della continuità aziendale, al fine di adottare ed attuare senza indugio gli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.
- L'attuale ordinamento giuridico impone agli amministratori - anche privi di deleghe - un atteggiamento che risulti improntato a: **trasparenza, informazione, iniziativa, intervento e attivazione**, per una gestione corretta ed efficiente in vista del perseguimento dell'oggetto sociale.

## 2. LA RESPONSABILITÀ DEL CONSIGLIERE SENZA DELEGHE

- Dal 16 marzo 2019, il ruolo proattivo nell'ambito del C.d.A. di tutti i componenti privi di delega è divenuto un effettivo supporto agli organi delegati, tanto da assumere - più di ieri - un valore insopprimibile per il governo della società e per la tutela degli interessi degli *stakeholders*.
- Il nuovo sistema delle responsabilità degli amministratori non delegati, rafforzato in via generale dall'art. 2086 c.c., è più articolato rispetto al passato. **Gli organi delegati**, essendo direttamente coinvolti nelle dinamiche aziendali, acquisiscono maggiore e completa conoscenza delle stesse e, dunque, **hanno maggiori e più dirette responsabilità rispetto agli amministratori privi di deleghe**.
- La novellata disposizione dell'art. 2086 c.c., risultando mutuata da quanto disposto agli artt. 2381 e 2392 c.c., oggi assume carattere generale rispetto alle norme già vigenti, che vengono ad assumere carattere speciale. È così garantito, in ossequio alla *business judgement rule*, **il dovere degli amministratori con delega di agire in modo informato** e, per gli altri, l'obbligo di intervenire, per impedire fatti di gestione pregiudizievoli o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose che potrebbero derivarne.

## 2. LA RESPONSABILITÀ DEL CONSIGLIERE SENZA DELEGHE

- Dopo la riforma del diritto societario del 2003 è pacifico che, in presenza di un modello organizzativo improntato alle nuove disposizioni, la responsabilità degli amministratori privi di deleghe operative non possa che discendere da una condotta di omessa vigilanza.
- Si passa così da un rischio di adozione di una responsabilità **sostanzialmente oggettiva**, ad un ancoraggio della stessa a inadempimenti specifici, ricollocandola entro **parametri soggettivi** della *culpa in vigilando*, piuttosto che *in eligendo*.

## 2. LA RESPONSABILITÀ DEL CONSIGLIERE SENZA DELEGHE

### In materia di s.p.a.

L'art. 2392 co. 1 cc. limita la responsabilità degli amministratori senza deleghe all'adempimento secondo la diligenza richiesta dall'incarico, escludendo espressamente la loro responsabilità solidale quando si tratti di attribuzioni delegate al comitato esecutivo, piuttosto che a uno o più membri del C.d.A.

### In materia di s.r.l.

Con riferimento ai poteri-doveri di iniziativa e di intervento degli amministratori, l'art. 2476 co. 1 c.c. precisa che la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e che, essendo a conoscenza che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto annotare il proprio dissenso.

## 2. LA RESPONSABILITÀ DEL CONSIGLIERE SENZA DELEGHE

- Dalla riforma del 2003 all'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi d'impresa poteva solo ipotizzarsi un'**applicazione analogica delle disposizioni delle s.p.a. alle s.r.l.**, in quanto i due tipi di società avevano discipline distinte.
- Oggi però l'intervento di riforma ha modificato anche l'art. 2475 co. 1 c.c. ("amministrazione delle società"), rinviando espressamente all'art. 2086 co. 2 c.c. ed elevandolo a **modello di riferimento per un'ottimale amministrazione/organizzazione nelle s.r.l.**
- Il novellato espresso riferimento al 2086 c.c. può dunque considerarsi un **avvicinamento della disciplina di s.r.l. e s.p.a.** quantomeno in tema di responsabilità dei vertici amministrativi: la portata generale del secondo comma dell'art. 2086 c.c. non può non costituire un parametro comune ad ogni forma d'impresa ovvero di *governance*.

## 2. LA RESPONSABILITÀ DEL CONSIGLIERE SENZA DELEGHE – CONCLUSIONI -

Oggi più di ieri **l'amministratore privo di deleghe deve necessariamente conoscere in maniera adeguata la normativa** che sovrintende l'ordinamento dell'impresa collettiva, non potendo esimersi dalla sua puntuale applicazione, con lo scopo di qualificare come soggettiva (e non oggettiva) la propria responsabilità per il solo fatto di ricoprire un ruolo cui la legge necessariamente attribuisce doveri e responsabilità.

A partire dal 16 marzo 2019, nell'ambito dei propri assetti organizzativi, tutte le società sono tenute ad istituire **procedure di allerta** che consentano di gestire efficacemente, nonché di identificare e misurare in tempo utile, i rischi di crisi o l'assenza di prospettive di continuità.

Per le realtà minori, invece, le dimensioni sembrerebbero consentire l'adozione di un modello organizzativo meno stringente. Tuttavia, a seconda dei casi e degli ambiti di operatività non può escludersi un organigramma di controlli capillari su più livelli anche nelle P.M.I., soprattutto nei casi di non coincidenza di direzione aziendale e proprietà.

# 3. LA COMPARTICIPAZIONE CRIMINOSA NEI REATI FALLIMENTARI

- La giurisprudenza più recente tende a punire a titolo di concorso nella bancarotta fraudolenta distrattiva dell'**intraneo** (cioè l'imprenditore/amministratore dell'impresa fallita) anche la condotta del **soggetto che**, in posizione antagonista in quanto controparte contrattuale, **acquisti dall'imprenditore beni facenti parte del patrimonio dell'impresa**, spuntando magari un affare perché evidentemente gli conviene.
- Secondo questa interpretazione l'acquirente risponderebbe, addirittura penalmente, **di avere fatto gli interessi suoi o della sua impresa**, a danno ovviamente del venditore poi fallito magari per altre cause. Tutto ciò è in contrasto con la logica del profitto che anima l'imprenditore nel muoversi nella sua attività e quindi coerentemente anche negli acquisti.
- In questa situazione inconsueta e un po' "contro natura", l'imprenditore acquirente dovrà capire, con tutte le difficoltà del caso, se il soggetto venditore sia effettivamente in una crisi reversibile o irreversibile o se sia già in uno stato di insolvenza, non avendo egli ovviamente diretto accesso allo stato economico/patrimoniale/finanziario del venditore.

### 3. LA COMPARTICIPAZIONE CRIMINOSA NEI REATI FALLIMENTARI – CONCLUSIONE -

Su queste esatte premesse appare evidente la **necessità per l'imprenditore/professionista di accostarsi al mondo degli affari con le imprese in stato di pre-decozione con tutte le cautele giuridiche e prudenze del caso**, conoscendo tutte le insidie relative, al fine di non incorrere in responsabilità "osmotiche" per il fatto del venditore ancorché agendo nel proprio legittimo interesse.

In questa corresponsabilità può essere coinvolto quale "**extraneus**", cioè concorrente ancorché privo del requisito formale tipico di essere l'imprenditore primo responsabile cioè venditore, anche **il professionista il quale**, mediante una consulenza e nella consapevolezza della pregiudizialità dell'atto suggerito alle ragioni dei creditori, **agevoli il proprio cliente nella realizzazione del proposito criminoso**.

Va prestata quindi una **grande attenzione** da parte dell'imprenditore di un'impresa in bonis cioè in attivo, quando si accosta a degli **acquisti** o comunque delle relazioni che comportino anche **acquisizioni** di partecipazioni/aziende, laddove la controparte sia appunto un soggetto annoverabile tra quelli che un domani possono fallire.

## 4. IL CONFLITTO DI INTERESSI

- **L'art. 2391 c.c.** stabilisce che “L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile. Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione”.

## 4. IL CONFLITTO DI INTERESSI

- La disciplina delle società trova la propria ratio nella necessità di impedire all'amministratore di agire per il raggiungimento di un interesse personale. La Legge, tuttavia, non esclude in modo categorico la partecipazione dell'amministratore alla decisione relativa all'operazione in cui sussista un suo interesse. In particolare:
  - il consiglio di amministrazione, una volta venuto a conoscenza del conflitto di interessi, deve deliberare in merito alle operazioni, specificando la convenienza dell'operazione stessa per la società. Nella S.p.a., invero, sussiste un vero e proprio obbligo dell'amministratore di informare il CDA ed il collegio sindacale del conflitto di interessi, che nella S.r.l. invece non sussiste;
  - anche in assenza dell'informativa da parte dell'amministratore in conflitto di interessi, la deliberazione non è impugnabile se non è stata assunta con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi;
  - anche se la deliberazione è stata assunta con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi, questa è impugnabile, entro 90 giorni, solamente se ha arrecato un danno alla società;
  - sono fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede.

## 4. IL CONFLITTO DI INTERESSI

- **art. 2634 c.c.** – norma rivolta alla tutela del patrimonio sociale o, relativamente ai beni posseduti o amministrati per conto di terzi, alla ricchezza da essa disponibile, nonché al dovere oggettivo di correttezza, di affidabilità e di fedeltà che non deve portare l'organo gestorio a strumentalizzare l'ufficio per fini privati – ha colmato una lacuna da sempre denunciata nel panorama punitivo italiano, anche per l'espressa rilevanza e per la precisa considerazione che nel contesto della fattispecie rivestono società collegate e gruppi.
- La selezione dei soggetti attivi – amministratori, direttori generali e liquidatori, includendo anche i comportamenti infedeli posti in essere dall'amministratore unico – risponde alla scelta legislativa di circoscrivere la repressione penale alle forme di abuso del patrimonio sociale commesse nell'ambito dei poteri gestori, intesi comunque in senso lato.

## 4. IL CONFLITTO DI INTERESSI

- **L'art. 2639 c.c.** (rubricato Estensione delle qualifiche soggettive) consente l'iscrizione ai soggetti componenti dell'organo gestorio/consiglio di gestione nelle società con sistema di governo societario di tipo duale, ai soggetti di fatto che significativamente e continuativamente abbiano svolto le funzioni proprie dei soggetti formalizzati ed agli amministratori che siano stati legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società od i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi.
- Costituisce presupposto necessario per la configurabilità del delitto il fatto che il soggetto attivo abbia un interesse (extrasociale) in conflitto con quello della società, avente contenuto economico oggettivo, attuale, effettivo. Esso deve preesistere all'atto dispositivo ed è da valutarsi secondo un giudizio di prognosi postuma, con riferimento al momento dell'assunzione della deliberazione. Si tratta di un requisito che presenta maggiori margini di determinatezza rispetto a eventuali soluzioni alternative incentrate su più generici assunti quali l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri, di tale che, in assenza della obbligatoria situazione di conflitto, questi non dovrebbero sussidiariamente assumere rilievo.

## 4. IL CONFLITTO DI INTERESSI – CONCLUSIONI -

- La giurisprudenza di legittimità tende a incardinare la “vera” essenza e la effettiva nozione di infedeltà patrimoniale non tanto nel danno per la società, quanto nella tipizzazione della «**necessaria relazione tra un preesistente conflitto di interessi**, con i caratteri dell’attualità e dell’obbiettiva valutabilità, e le **finalità di profitto** o altro vantaggio dell’atto di disposizione, finalità che si qualificano in termini di ingiustizia per la proiezione soggettiva del preesistente conflitto» (Cass. 27 marzo 2008, in *Cass. pen.*, 2009, 1237; Cass. 18 novembre 2007, *ivi*, 2005, 3782).
- La fattispecie pone a carico dei destinatari il divieto di disporre dei beni societari in presenza di una situazione antagonistica di interessi; assumendo il conflitto la natura giuridica di presupposto del reato, risultano escluse dall’economia del disposto le operazioni che creano esse stesse il conflitto e, cioè, i casi (per vero i più frequenti) per i quali il momento di inizio della commistione dell’interesse privato con quello della società vengano a coincidere; e così, nonostante siffatta evenienza logico/temporale sia fonte di concreto rischio di infedeltà e portatrice, in prospettiva, di pregiudizio (anche se non apparente o non sempre economicamente misurabile).

# 5. LA BANCAROTTA PER EFFETTO DI OPERAZIONI DOLOSE

- La **bancarotta per effetto di operazioni dolose** (art.223, comma 2 n.2 L. Fall) è un'ipotesi residuale, che raccoglie in sé condotte non punite ad altro titolo.
- Si tratta di un **reato proprio**, di natura commissiva, che postula la realizzazione di una operazione dotata di una intrinseca complessità strutturale in grado di incidere nell'immediato negativamente e in termini reali sul patrimonio dell'ente, realizzata dai soggetti preposti dall'amministrazione dell'impresa a mezzo di un abuso che consiste nella violazione dei doveri inerenti alla funzione ricoperta o nell'abuso dei poteri ad essa riconnessi.
- Si tratta di un reato a struttura **preterintenzionale**, nel senso che l'operazione dovrà essere dolosa e il soggetto dovrà quindi rappresentarsi la sua pregiudizialità rispetto alle ragioni dei creditori: tuttavia, l'evento fallimento è una conseguenza ulteriore della condotta, non voluta dall'agente. In una lettura costituzionalmente garantita della norma dovrebbe essere possibile addebitare al soggetto attivo la verifica della concreta prevedibilità dell'evento e solo in questo caso, addebitare allo stesso la condotta.

# 5. LA BANCAROTTA PER EFFETTO DI OPERAZIONI DOLOSE

A titolo esemplificativo...

La **scissione societaria**, se isolatamente considerata, non potrà ricadere nell'ipotesi di cui all'art. 223, comma 2 n.2 in quanto ipotesi residuale, questa idonea a ricomprendere solo quelle ipotesi non espressamente previste al precedente comma 1 (il quale tra i reati societari indica proprio l'art. 2629 c.c. che punisce le operazioni di scissioni contra legem) o non altrimenti sanzionate penalmente. L'operazione di scissione trova pertanto valorizzazione come dolosa solo se presa in esame unitamente ad altri atti che diano modo di raggiungere quella complessità strutturale caratteristica dell'operazione dolosa.

L'operazione di **Merger Leverage Buy Out**, che consiste in una serie di atti che, partendo dall'obiettivo di acquisire una determinata società (target) consentono di raggiungere il risultato auspicato, ovvero sia pagare l'indebitamento creato per l'acquisto del target facendo leva appunto sulla redditività della stessa società acquisita ( essa, in poche parole, ripaga il debito contratto per acquistare essa stessa operazione), invece, laddove non sorretta da una ragionevole giustificazione nell'interesse dell'impresa, può costituire operazione dolosa ex art. 223, comma 2 n.2 L Fall qualora il fallimento si possa dire ricollegabile ad essa in termini di causa/effetto.

## 5. LA BANCAROTTA PER EFFETTO DI OPERAZIONI DOLOSE – CONCLUSIONI -

- Ci si chiede se la ricerca di un risparmio fiscale non possa costituire, nell'evidente intrinseco interesse della società, una valida ragione economica. Certamente pare difficile individuarne un abuso laddove per esso deve intendersi una violazione e/o un distacco dal perseguimento degli interessi della compagine sociale amministrata.
- E' chiaro, quindi, che l'insidia di questa disposizione è legata alla circostanza che di fatto all'interno vi possono essere ricomprese delle operazioni societarie civilisticamente lecite e magari anche mai impugnate da chi ne avrebbe avuto titolo per farlo (tipo creditori o soci) che però, se lette nella loro unitarietà, configurano il presupposto applicativo della norma.
- Da qui la delicatezza e la necessità che gli esami strettamente societari di certe operazioni si accompagnino anche alla luce di un occhio che tenga conto del potenziale penale.

# BIBLIOGRAFIA



- Per approfondimenti si rimanda al volume:

***Le nuove responsabilità  
civili e penali  
nelle società di capitali***

di L.Ponti, P.Panella,  
F.Spadetto, S.Buonocore

Editore: Giuffrè

Collana: Fatto & diritto

# Ponti & Partners

PONTI DE PAULI PANELLA SPADETTO

[www.ponti-partners.it](http://www.ponti-partners.it)

VIA VITTORIO VENETO, 39  
33100 UDINE  
T. +39 0432 507321 R.A.  
F. +39 0432 507418  
[WWW.PONTI-PARTNERS.IT](http://WWW.PONTI-PARTNERS.IT)  
[INFO@PONTI-PARTNERS.IT](mailto:INFO@PONTI-PARTNERS.IT)

 PONTI & PARTNERS  
PONTI DEPAULI PANELLA SPADETTO

 **Partner**  
24ORE