



**ODCEC PISA**

*Commissione studio – Diritto Societario*

**LA RESPONSABILITA’  
DEGLI  
ORGANI SOCIALI  
E  
LA CRISI D’IMPRESA**



## **INDICE**

### ***Premessa***

#### **1. *La responsabilità degli amministratori***

- a) I presupposti della responsabilità: puntuale o generale
- b) Il concetto della diligenza
- c) Il carattere solidale della responsabilità e la disciplina delle deleghe
- d) Il danno risarcibile
- e) La responsabilità nelle varie forme di governance
- f) La responsabilità nell'attività di direzione e coordinamento
- g) Brevi note sulla Business Judgement Rule: definizione ed applicazione

#### **2. *L'organo amministrativo in caso di perdita del capitale, di crisi e di insolvenza***

- a) Doveri specifici degli amministratori in situazioni di crisi e di insolvenza
- b) Doveri di agire informato
- c) Informazioni rilevanti e valutazioni degli assetti societari
- d) Errori da evitare
- e) Divieto di concorrenza e conflitti d'interesse dell'amministratore

#### **3. *L'organo di controllo in caso di perdita del capitale, di crisi e di insolvenza***

- a) Poteri/doveri del Collegio Sindacale e del Revisore
- b) Diligenza del Collegio Sindacale e del Revisore
- c) Interventi in sede di redazione di bilancio di esercizio e vigilanza sul presupposto della continuità aziendale

#### **4. *Gli aspetti di rilievo penale***

- a) Introduzione
- b) Le falsità
- c) Le operazioni sul capitale
- d) Gli altri illeciti
- e) I reati penali previsti da altre Leggi



### *P r e m e s s a*

La riforma del diritto societario ha profondamente modificato il ruolo degli organi amministrativi e di controllo delle società di capitali, attribuendo loro precisi compiti e doveri che, nel corso di questo decennio, sono stati sottovalutati dagli stessi chiamati a ricoprire tali incarichi a tal punto che oggi si sta assistendo ad una proliferazione di azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci. Tra tutte le modifiche, si pensi all'enorme cambiamento introdotto con l'art. 2381 c.c. che ha richiesto agli amministratori di "agire informati", anche conferendo loro il potere di richiedere le informazioni della gestione della società ai delegati, allorquando prima della riforma all'amministratore era richiesto il dovere di agire come il "buon padre" di famiglia.

Complice di questa proliferazione di azioni di responsabilità contro gli organi sociali è certamente il lungo e profondo periodo di crisi della nostra economia che ha trovato impreparati gli organi sociali con la inevitabile conseguenza di una ecatombe di imprese che, in molti casi, non sono state in grado di cessare la propria attività se non ricorrendo ad una delle procedure concorsuali previste dalla Legge Fallimentare.

Non meno rilevanti, anzi per le possibili conseguenze rendono l'argomento di estrema importanza, sono i riflessi penali a cui le azioni e le decisioni assunte dagli organi sociali possono condurre; ed anche in questa materia il legislatore ha modificato le varie fattispecie di reato, ultima in ordine cronologico la reintroduzione del falso in bilancio.

Nell'esperienza professionale maturata in questi anni tra la consulenza alle imprese e quella dedicata a servizio della Giustizia, i membri della commissione di studio del diritto societario per l'ODCEC di Pisa hanno pensato di rendersi utili realizzando un lavoro d'insieme sullo stato della responsabilità a cui sono sottoposti gli amministratori ed i sindaci.

La commissione di studio



## Capitolo 1

### *La responsabilità degli amministratori*

#### **a) I presupposti della responsabilità: puntuale o generale**

La legge attribuisce agli amministratori delle società, nella loro qualità di "gestori" dell'impresa sociale e del patrimonio ad essa afferente, la responsabilità per i danni cagionati a terzi che siano diretta conseguenza di loro negligenze, illeciti e/o omissioni.

Affrontando il tema della responsabilità degli amministratori, con particolare riferimento al governo della crisi d'impresa, si avverte in concreto il contrasto tra due diversi ordini di interessi: le esigenze di tutela del terzo (creditore e/o socio) pregiudicato e l'insindacabilità degli atti di gestione (c.d. *business judgment rule*). Teoria, quest'ultima, secondo la quale le decisioni ponderate, lecite e diligenti, prese dagli amministratori, non dovrebbero essere oggetto di valutazione critica nel riesame di tali decisioni se rilevatesi meritevoli (ex post), ma unicamente nell'indagine che il percorso di formazione della decisione sia stato inquadrato con la diligenza necessaria all'incarico. Ciò in quanto si ritiene che, per decisioni di questo tipo, gli amministratori posseggano competenze tecnico-specialistiche non appartenenti, tendenzialmente, ad un giudice.

Se da un lato, quindi, risulta fondamentale lasciare un ampio margine di discrezionalità all'organo amministrativo nel prendere le proprie decisioni gestionali, dall'altro, anche a seguito di recenti casi di scelte gestionali dalle conseguenze disastrose abbastanza eclatanti, risulta essenziale capire sino a che punto, ed in base a quali elementi, gli amministratori di società siano responsabili dell'insuccesso di quest'ultime.

In tale contesto, esaminando le recenti pronunce giurisprudenziali, si assiste ad un tentativo di sostanziale prosciugamento del fondamentale assunto "società di capitali - persona giuridica - autonomia patrimoniale perfetta", in favore del complementare concetto "amministratore - persona fisica che agisce - responsabile degli atti della persona giuridica".

Va segnalato, inoltre, stante anche le caratteristiche dimensioni delle imprese italiane, come sia frequente che l'organo amministrativo gestisca l'impresa con l'errata convinzione della vigenza di una perfetta separazione patrimoniale delle società di capitali che opera non solo nei confronti del socio, ma anche nei confronti del gestore stesso (frequentemente coincidenti).

Appare quindi opportuno, prima di passare alla trattazione di specifici temi, ripercorrere gli elementi cardine del diritto che legittimano il sorgere di una responsabilità degli amministratori.



### Presupposti della responsabilità

La responsabilità civile è un istituto giuridico complementare a quello dell'obbligazione in generale, e consistente nel sopportare gli effetti negativi (dannosi) provocati dall'inadempimento dell'obbligazione stessa; ed in linea di principio generale è solidale per gli obbligati che con il loro comportamento (commissivo od omissivo) hanno generato il fatto dannoso<sup>1</sup>.

Quanto all'elemento soggettivo, la responsabilità dell'organo amministrativo prescinde dalla sussistenza del dolo: la persona fisica che compie l'atto lesivo del patrimonio sociale è ritenuta responsabile a prescindere dalla volontà di ledere. La colpa per negligenza, imprudenza o imperizia costituisce di per sé condizione sufficiente al sorgere della responsabilità; indipendentemente dalla liceità o meno dell'atto in sé, l'amministratore che compie un atto negligente o imprudente contravviene al generale dovere di agire con diligenza a lui imposto dalla legge (e quindi, in questi termini, l'atto si configura come illecito).

La giurisprudenza, a più riprese, ha confermato come tra gli elementi essenziali per la sussistenza di una responsabilità, vi sia il fatto che il pregiudizio sia stato realmente patito dal danneggiato; da qui ne discende che il danno risarcibile è solo quello reale, e non anche quello potenziale. In ambito societario, sarà il depauperamento patrimoniale il reale danno causato alla società stessa ed in secondo luogo ai soci (restituzione del capitale) ed ai creditori sociali.

### Violazione contrattuale ed extracontrattuale

Presupposto di base per configurare una responsabilità civile è la violazione ad/di un determinato dovere, a cui consegue appunto il sorgere di una particolare situazione giuridica soggettiva: ossia l'esposizione ad una sanzione risarcitoria irrogata dal giudice nell'ambito della giurisdizione civile.

A seconda della fonte da cui trae origine il dovere contravvenuto, si distingue la responsabilità contrattuale da quella extracontrattuale. L'obbligazione, infatti, può scaturire da un negozio giuridico concluso con uno o più soggetti determinati (responsabilità contrattuale), oppure può discendere da uno specifico dovere imposto dalla legge nei confronti della collettività o di soggetti non determinati (responsabilità extracontrattuale). Questa distinzione ha evidenti ripercussioni sull'onere della prova: infatti, nel caso di responsabilità contrattuale è il soggetto inadempiente a dover provare che l'inadempimento è stato determinato da cause a lui non imputabili (art.1218 c.c. - Responsabilità del debitore); mentre nella responsabilità extracontrattuale

---

<sup>1</sup> Dovere previsto dall'articolo 2381 cc, terzo comma.



## ODCEC PISA

### Commissione studio – Diritto Societario

(o aquiliana), spetta invece al soggetto danneggiato a dover fornire la dimostrazione dell'inadempimento, del danno e del nesso tra inadempimento e danno subito.

In ambito societario, la responsabilità dell'organo amministrativo può avere una duplice natura, sarà di tipo "contrattuale" quella nei confronti della società<sup>2</sup> e sarà di tipo "extracontrattuale" quella nei confronti dei soci e dei creditori sociali. Pertanto, nelle ipotesi di responsabilità nei confronti della società dovranno essere gli amministratori a provare i fatti che escludono o attenuano la loro colpa, mentre nei casi di responsabilità verso i soci o i terzi, saranno questi ultimi onerati della prova dell'inadempimento, del danno conseguente e del nesso tra i due.

#### Nesso di causalità e responsabilità "puntuale" o "generale"

Altro elemento indispensabile all'individuazione di una responsabilità in capo agli amministratori, è uno stretto nesso di interdipendenza tra l'evento lesivo ed il danno, ossia una dipendenza diretta (causa/effetto) tra la condotta illecita ed il pregiudizio subito.

In altri termini è necessario che sia stata la condotta dell'organo amministrativo a determinare il pregiudizio dannoso, e non che questo sia la conseguenza di un fatto sopravvenuto e/o imprevedibile.

Se da un lato appare semplice individuare singole azioni da cui dipendano in maniera diretta gli esiti negativi sul patrimonio sociale (e quindi il sorgere di una responsabilità in capo ai membri dell'organo amministrativo), non altrettanto può dirsi in tutti quei casi in cui non siano contestati in modo puntuale singoli addebiti, quanto piuttosto una prolungata e protratta *mala gestio* globale e generica.

Nelle ipotesi di crisi d'impresa, in particolare, in assenza di particolari violazioni, ricondurre ad una generica ed imprudente negligenza la causa del dissesto appare quantomeno arduo sotto l'aspetto probatorio, nonché talvolta incompatibile con l'impianto normativo (e logico).

Se è possibile ravvisare una consequenzialità tra singolo fatto illecito e danno patito dal patrimonio sociale, non esiste necessariamente un nesso di causalità tra un'eventuale prolungata condotta imprudente e dissesto, cosicché il dissesto sopravvenuto potrebbe non essere diretta conseguenza della condotta.

È opportuno infine rilevare che molto spesso è possibile classificare come *mala gestio* la condotta dell'organo amministrativo soltanto ex post, una volta accertato che gli esiti della politica gestionale degli amministratori non hanno prodotto i risultati attesi. In tale contesto, la linea di confine tra le ragioni della teoria c.d. *business judgement rule* e l'esigenza di tutela dei danneggiati

---

<sup>2</sup> La natura contrattuale della responsabilità nei confronti della società è evidente: basti pensare che l'operato degli amministratori è espressione delle specifiche mansioni stabilite nel contratto sociale e dei poteri loro attribuiti all'atto della nomina.



si assottiglia oltremisura fino a far emergere in tutta la sua evidenza il contrasto tra i due diversi ordini di interesse: qualificare come *mala gestio* l'operato degli amministratori, costituito in sé da una serie di atti leciti, spesso presuppone il sindacato di tali atti nel contenuto, al fine di individuarli come non rispondenti al generale dovere di diligenza imposto al gestore del patrimonio sociale dalla legge, e come tali fonte di responsabilità.

Al concetto di “diligenza” si associano quelli di “prudenza” e “perizia”. La “prudenza” implica che l'amministratore si astenga dal compiere atti che nessun altro amministratore accorto avrebbe compiuto, in relazione alle dimensioni ed alle caratteristiche della società; la “perizia” comporta che l'organo amministrativo sia dotato di capacità e conoscenze tecniche idonee all'espletamento dell'incarico attribuitogli.<sup>3</sup>

Per la rilevanza che tale nozione assume nella valutazione della sussistenza o meno di una responsabilità degli amministratori nella crisi di impresa, quindi, il concetto di “diligenza” merita senza dubbio una trattazione distinta e più approfondita.

### **b) Il concetto della diligenza**

La riforma del diritto societario ha modificato il concetto della “diligenza” richiesto all'organo amministrativo, trasformandola da quella generale del “mandato” a quella più puntuale “richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”.

Amministrare una società richiede un tipo ed un grado di diligenza specifici per tale ruolo, che sono diversi da quelli comuni del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, comma 1, c.c.

La “diligenza richiesta dalla natura dell'incarico” si riferisce alla situazione propria del gestore dell'impresa, tipica del gestore professionale d'impresa altrui; un'attività caratterizzata dalla perizia, quale prudenza ed avvedutezza, richiesta per il compimento delle attività tipiche gestorie. Significa, che le scelte degli amministratori devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio ponderato.

Appare pertanto evidente che, al fine di giudicare la sussistenza o meno di un comportamento diligente in capo all'amministratore, sarà necessario la valutazione del proprio operato nel corso della formazione della decisione assunta; lo stesso art. 2381 comma 6 c.c. stabilisce che “gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ...”, da ciò si può

---

<sup>3</sup> Nel caso d'incapacità occorrerà tuttavia distinguere l'ipotesi in cui l'amministratore ha ommesso di rendere note all'assemblea le proprie lacune dall'ipotesi in cui non lo abbia invece fatto. Nella prima ipotesi è dubbio che la società che ha coscientemente nominato amministratore un soggetto privo delle necessarie competenze possa agire vittoriosamente nei confronti dello stesso. Per contro, i soci ed i creditori sociali potranno comunque eccepire e far valere la responsabilità (extracontrattuale) nei confronti dell'amministratore che abbia accettato un incarico per il quale non possiede le necessarie competenze teorico-pratiche.



## ODCEC PISA

### Commissione studio – Diritto Societario

desumere non tanto un obbligo di perizia quanto un dovere di competenza che si traduce nell'obbligo del nominato di accettare l'incarico di amministratore se, e solo se, in grado di esercitare la funzione.

Per quanto sopra esposto, è opportuno mettere in risalto che, agli amministratori non incombe l'obbligo di gestire la società senza commettere errori, essi hanno solo l'obbligo di adempiere a tutti i precetti di legge a loro imposti che, una volta rispettati, escludono la responsabilità dell'amministratore pur in presenza di una scelta gestionale rivelatasi poi errata.

Conseguentemente, il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, ma solo l'eventuale carenza nell'agire quotidiano delle verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, effettuata in costanza e secondo la misura delle proprie competenze quale gestore di un patrimonio altrui ed agente senza alcun interesse conflittuale con quello della società amministrata.

In pratica, il giudice, una volta appurato il diligente comportamento dell'amministratore, non può sindacare ex post, il merito degli atti compiuti in base al mero risultato negativo, (Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 3483/98); in particolare la Corte di Cassazione, con la sentenza n.18231 del 22/9/2009, ha affermato che l'addebito di responsabilità nel caso dell'Amministratore accusato di aver mal gestito l'impresa, non si fonda sulla violazione di specifiche norme di legge o di clausole statutarie, bensì dall'osservanza del criterio generale di diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

L'aggiunta della locuzione “e dalle loro specifiche competenze”, induce oggi a ritenere che i doveri imposti dalla legge in capo all'amministratore vadano da questi adempiuti non soltanto con la diligenza propria del buon gestore professionale, ma anche con la diligenza esigibile dalla specifica competenza di quel singolo amministratore (ad esempio, perché esperto legale o tributario, oppure perché avente esperienza in un certo settore industriale o finanziario).

La specificazione, dunque, non toglie, ma aggiunge altri contenuti al generale requisito della diligenza richiesta all'amministratore professionale.

Gli amministratori devono, difatti, agire “con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze” (art. 2392, c.1 c.c.), se a conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società, fare “quanto potevano per impedirne il compimento” (art.2392, c.2 c.c.), agire “senza conflitti di interessi” (art. 2391 c.c.), e “agire in modo informato” (art. 2381, u.c., c.c.).

L'obbligo di agire in modo informato, quale espressione specifica dell'obbligo generale di diligenza, implicitamente richiede all'amministratore anche un *quid pluris*, ossia che egli ponderi, al momento di accettare la carica, l'idoneità delle proprie competenze e la disponibilità del tempo e l'attenzione necessari; certamente, questa “qualificazione professionale” sarà valutata anche in relazione alla dimensione e tipologia della società.





In questo contesto, l'amministratore diligente potrà richiedere anche pareri ad esperti al fine di integrare le proprie capacità professionali decisorie, ma il rilascio di un parere dell'esperto non può essere trasdotto nel contesto di esonero da responsabilità per l'amministratore stesso.

**c) Il carattere solidale della responsabilità e la disciplina delle deleghe**

La normativa, come già rilevato a commento degli artt. 2392 c.2 e 2476 c.1, prevede una responsabilità solidale per quegli amministratori che hanno concorso al fatto dannoso (commissione) o non hanno esercitato i loro poteri per impedire il fatto dannoso (omissione).

Nel contesto omissivo imputabile all'amministratore, è utile rilevare che la responsabilità solidale non scatta quando lo stesso amministratore abbia:

- .1 manifestato il proprio dissenso per scritto facendolo annotare senza ritardo nel libro dei verbali del consiglio di amministrazione,
- .2 dato immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale (art. 2392 c.3°)
- .3 assunto un comportamento dissenziente che sia, comunque, immune da colpa e cioè che non abbia contribuito a cagionare il danno (con colpa o dolo).

Il vincolo solidale della responsabilità trova un'altra eccezione quando all'interno dell'organo amministrativo sono stati nominati uno o più amministratori delegati o quando sia stato nominato un comitato esecutivo; salvo il caso in cui i consiglieri (non delegati o non appartenenti al comitato esecutivo) abbiano tenuto un comportamento omissivo allorquando, venuti a conoscenza di fatti pregiudizievoli adottati dai delegati, non abbiano fatto il possibile per impedire l'azione.

Il modello amministrativo prescelto per la *governance* della società può influire sulla responsabilità dei singoli amministratori. L'art. 2475 c.c. lascia ampia autonomia all'assemblea dei soci nella scelta dei modelli amministrativi; dal tradizionale consiglio di amministrazione alla modalità di amministrazione congiunta o disgiunta (tipiche delle società di persone).

Palese ed accademico il caso in cui vi siano modelli amministrativi ove è richiesta l'unanimità dei deliberanti; in questi casi non si può prevedere un esonero da responsabilità per alcuno dei nominati.

Particolare attenzione merita l'amministrazione affidata a più persone ed in forma disgiunta (art. 2475 c.3 ). In questo caso la responsabilità ricade esclusivamente sul soggetto che ha gestito l'attività ma con il rispetto della disposizione dell'art. 2257 c. 2 da parte degli altri amministratori, e cioè quando gli altri amministratori si sono opposti all'operazione prima che sia stata compiuta, oppure ne abbiano avuto notizia dopo la realizzazione dell'operazione, (gli stessi oppositori saranno



indenni dalla responsabilità a condizione che si attivino nei confronti dell'altro amministratore per quanto la legge impone loro).

In merito alle modalità di manifestazione del dissenso da parte di un amministratore, il legislatore ha previsto per le s.r.l. (art. 2476 c.1) la forma della “constatazione”, mentre per le s.p.a. (art. 2392 c.3) la forma della “annotazione” nel verbale trascritto sul libro delle adunanze del consiglio congiuntamente alla “immediata notizia” al presidente del collegio sindacale.

In riferimento alla forma constatativa è da ritenersi valida qualsiasi modalità di comunicazione “idonea” allo scopo, con l'esternazione del proprio “veto” nel caso di un'amministrazione disgiuntiva.

In merito all'estensione della responsabilità all'amministratore, di fatto si rileva come la dottrina e la giurisprudenza siano concordi nel ritenere applicabili le ordinarie norme disciplinanti l'attività degli amministratori di una società di capitali, dando quindi rilievo più alla qualificazione sostanziale rispetto a quella formale. Sulla scorta di quanto descritto, si comprende così come rilevi la ripartizione di fatto di talune funzioni all'interno del nominato organo amministrativo (c.d. amministratore delegato di fatto)

#### **d) Il danno risarcibile**

Una volta accertata la responsabilità nei confronti di uno o più amministratori, si pone in concreto il problema di quantificare il danno risarcibile in favore del soggetto danneggiato.

##### *Inquadramento logico-giuridico*

L'azione di responsabilità è un'azione risarcitoria e cioè avente finalità di rifondere, al soggetto danneggiato, la riduzione patrimoniale subita a causa della condotta tenuta.

Soprattutto nelle situazioni di crisi aziendale, che molto spesso si combinano con la perdita e/o azzeramento del capitale sociale o del patrimonio sociale, le decisioni prese dall'organo amministrativo sono particolarmente esposte a subire azioni risarcitorie; e mai come in questi casi è di particolare rilevanza la teoria della *business judgement rule* che non valuta le scelte ex post ma come esse si siano formate.

Una volta individuata la fattispecie danneggiante, è necessario individuare anche il nesso di causalità tra la scelta adottata dall'organo amministrativo e l'evento dannoso; ovvero come l'evento dannoso imputabile all'amministratore abbia effettivamente prodotto una perdita patrimoniale escludendo così il caso della potenzialità dannosa. A questo proposito si pensi al caso di una tardiva convocazione dell'assemblea dei soci da parte dell'organo amministrativo per l'adozione dei provvedimenti per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale per perdite sofferte; in



## ODCEC PISA

### Commissione studio – Diritto Societario

questo caso l'organo amministrativo non può essere chiamato al risarcimento per il patrimonio perso fino al momento in cui sarebbe scattato l'obbligo di convocazione.

L'entità del danno risarcibile dagli amministratori può essere quantificata in misura differente a seconda che si tratti di azione di responsabilità promossa dalla società o dai creditori sociali, in quanto differenti sono gli interessi che vengono tutelati: conservazione del patrimonio nel caso della società, garanzia del credito per i creditori sociali. Può, addirittura, aversi il caso in cui una determinata condotta possa essere fonte di responsabilità nei confronti della società in quanto in grado di incidere direttamente in maniera negativa sul patrimonio sociale, ma non anche verso i creditori sociali, poiché il suddetto decremento patrimoniale non è tale da arrecare un pregiudizio al creditore. Va inoltre ricordato che nel caso in cui la crisi d'impresa evolva in una conclamata insolvenza e si apra una procedura concorsuale, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 2394-bis codice civile<sup>4</sup> e dell'art. 146 L.F.<sup>5</sup>, le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori (e contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dal codice civile) vengono riunite in un'unica azione ed esercitate dal curatore.

La sostituzione del curatore nell'azione risarcitoria e, soprattutto, la riunione dei diversi procedimenti in un'unica azione, ha evidenti risvolti anche sotto il profilo della quantificazione del danno. Si è già detto, infatti, di come il danno possa essere quantificato diversamente a seconda del soggetto che propone l'azione.

In proposito la Suprema Corte si è più volte espressa ribadendo che *“la sostituzione del curatore alla società fallita in persona dei suoi legali rappresentanti nell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità rappresenta solo una particolare manifestazione specifica del generale effetto, previsto nel primo comma dell'art. 43 della legge fallimentare, per cui nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore, mentre, come ha rilevato la dottrina, la sostituzione della legittimazione del curatore a quella dei titolari dell'azione di cui all'art. 2394 C.C. non è, in se stessa, ricollegabile alla struttura del processo fallimentare, e rappresenta frutto di una scelta del legislatore volta ad assicurare alla curatela un maggior livello di tutela. È costante in giurisprudenza l'affermazione che per effetto del fallimento le azioni di responsabilità di cui agli art. 2392-2393 e 2394 C.C. confluiscono in una*

---

<sup>4</sup> In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.

<sup>5</sup> Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori: a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori; b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile.



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

*unica azione avente carattere unitario e inscindibile: con il corollario che la domanda risarcitoria contro gli amministratori può essere formulata così con riferimento ai presupposti della responsabilità verso la società come sulla base dei presupposti della responsabilità verso i creditori sociali. Tale possibilità, che si risolve in un risultato pratico di evidente vantaggio per il curatore, il quale potrà impostare la domanda in funzione di profili di opportunità per avvalersi a seconda dei casi della disciplina applicabile alla responsabilità contrattuale o di quella applicabile alla responsabilità extracontrattuale, non significa peraltro che la curatela la quale si avvalga consapevolmente e dichiaratamente dello strumento risarcitorio di cui agli art. 2393 e 2394 C.C. sostituendosi alla società, debba soggiacere a quanto di meno favorevole possa comportare astrattamente il ricorso all'azione di danni di cui all'art. 2394 C.C. in tema di delimitazione del danno risarcibile e dell'interesse ad agire nel senso sopra precisato”, con la conseguenza che l’eventuale azione di responsabilità esperita dal curatore, indipendentemente che agisca in sostituzione della società o dei creditori sociali, porterà, a differenza di quanto accade al di fuori del fallimento, alla medesima quantificazione del danno.*

#### *Criteria per la quantificazione pratica del danno*

La delimitazione attraverso criteri oggettivi dell’area del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità costituisce sicuramente una questione assai complessa e di non trascurabile rilevanza pratica. Se da un lato può risultare agevole accertare la condotta che sia fonte di responsabilità, dall’altro diventa assai complesso misurare in maniera puntuale e certa l’entità del danno prodotto.

L’indiscutibile principio generale, ai sensi dell’art. 1223 codice civile<sup>6</sup>, è quello secondo cui all’amministratore che si sia reso responsabile di condotte illecite può essere imputato con ogni effetto patrimoniale dannoso che la società sostenga di aver subito, ma solo quel pregiudizio reale ed effettivo che si ponga come conseguenza immediata e diretta della violazione degli obblighi incombenti sull’amministratore<sup>7</sup>. In una tale ottica, quindi, come sopra già accennato, il danno risarcibile viene ad essere costituito dalla dispersione di quella ricchezza, al netto delle passività, che l’operato degli amministratori avrebbe dovuto conservare.

Il problema valutativo può risultare meno complesso quando gli amministratori debbano rispondere di addebiti specifici quali, ad esempio, distrazioni di beni sociali, atti posti in essere in conflitto di interessi a danno della società, prelievi indebiti ed ingiustificati, singole operazioni palesemente negligenti, operazioni non inerenti l’oggetto sociale, violazioni di norme tributarie che abbiano generato sanzioni a carico della società, ecc.. In casi come questi, infatti, il pregiudizio

---

<sup>6</sup> Art. 1223 c.c.: “Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”

<sup>7</sup> Cassazione Civile Sez. I - Sentenze n. 3774 del 23.2.2005 e n. 10488 del 22.10.1998



patrimoniale risarcibile si pone in stretta e diretta correlazione causale con la specifica violazione (es. il valore del bene distratto o dissipato).

La questione assume una maggiore complessità quando agli amministratori viene imputata un'articolata e generale condotta, protratta nel tempo, di “*mala gestio*” e/o “*antigiuridica*” che, spesso, si traduce in una crisi aziendale più o meno reversibile. In questo caso, generalmente, le azioni di responsabilità sono prive del presupposto giuridico della diretta correlazione “azione/omissione” e “danno prodotto”. Soltanto quando non è possibile quantificare con precisione il danno, è possibile applicare il principio generale sancito dall'art. 1226 cc<sup>8</sup> affidando al giudice il compito di valutare in via equitativa.

Al riguardo si osserva che l'orientamento giurisprudenziale si è evoluto nel tempo, ma nella sostanza i criteri utilizzati sono riconducibili ai seguenti due metodi:

- a) il “deficit patrimoniale”
- b) il “differenziale dei patrimoni netti” (o perdita incrementale).

Il metodo del “*deficit patrimoniale*” induce a determinare il danno prodotto pari alla differenza tra l'attivo ed il passivo fallimentare; trattasi di un metodo approssimativo sia perché non è certo che le passività coincidano con la somma delle domande di ammissione allo stato passivo presentate dai creditori, sia perché l'attivo risente necessariamente della svalutazione di alcuni beni direttamente riconducibile alla dichiarazione di fallimento (es. il valore dell'avviamento).

Una recente sentenza della Corte di Cassazione pronunciata a Sezioni Unite<sup>9</sup> ha confermato la validità di questo metodo nella forma residuale e cioè quando non è possibile identificare in modo analitico i danni cagionati dagli organi sociali e ciò per fatto addebitabili agli organi stessi. In altri termini questo metodo trova la propria legittimità e validità quando siamo in presenza di mancanza, falsità o totale inattendibilità delle scritture contabili (nella fattispecie di impossibilità di ricostruire la movimentazione degli affari dell'impresa) o in presenza di una reiterata e sistematica attività distrattiva degli organi sociale da precludere una qualsiasi quantificazione parametrata sul valore dei beni distratti e dissipati. Da osservare, in termini operativi, che non è frequente il ricorso a questo metodo da parte dei curatori in quanto è frequente che a fronte di simili fattispecie i singoli membri degli organi sociali si sono premuniti con largo anticipo di “preservare” il proprio patrimonio così da indurre il curatore a non procedere per non aggravare il fallimento di ulteriori costi per spese processuali poi infruttuose.

---

<sup>8</sup> Codice Civile Art. 1226: “Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa”.

<sup>9</sup> Corte Cassazione SS.UU. Sentenza n. 9100 del 06.05.2015



## ODCEC PISA

### Commissione studio – Diritto Societario

Il metodo del “*differenziale dei netti patrimoniali*”, invece, trova frequente utilizzo quando sia possibile ricostruire la contabilità aziendale per giungere alla conclusione di quantificare il danno come perdita di patrimonio, e corrispondente alla differenza tra il netto patrimoniale all’apertura della procedura concorsuale ed il patrimonio sociale corrispondente al momento in cui l’attività degli organi sociali non avrebbe dovuto proseguire. E’ il caso in cui l’organo amministrativo non abbia rispettato le previsioni di cui all’art. 2447 c.c. e non abbia convocato l’assemblea per la ricostituzione del capitale o l’inevitabile messa in liquidazione che avrebbe certamente mutato l’oggetto dell’attività in una mera conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale. In altri termini, l’azione di responsabilità da promuovere consiste proprio nell’imputare all’organo amministrativo l’aver compiuto atti gestori estranei alla logica meramente conservativa che sarebbe stata applicata nel caso di rispetto di quanto previsto dall’art. 2447 c.c.

Le difficoltà di questo metodo si possono incontrare nell’individuazione del momento a partire dal quale l’attività d’impresa è indebitamente proseguita (es. momento della perdita del capitale e la mancata convocazione dell’assemblea), il *dies a quo* dal quale determinare l’entità del danno cagionato dall’indebita prosecuzione dell’attività.

La giurisprudenza di legittimità ha formalizzato in diverse pronunce una serie di rilievi alla obiettiva difficoltà del metodo del differenziale dei patrimoni netti in quanto “*non tutta la perdita riscontrata dopo il verificarsi della causa di scioglimento può essere riferita alla prosecuzione dell’attività d’impresa, potendo essa prodursi anche in pendenza di liquidazione o durante il fallimento in ragione del venir meno dell’efficienza produttiva e dell’operatività dell’impresa.*”<sup>10</sup>

Tale metodo permette di comprendere nella quantificazione del danno non soltanto il risultato negativo di ogni singola operazione illegittimamente compiuta successivamente alla riduzione del capitale oltre i limiti imposti dalla legge, ma anche il pregiudizio complessivo che la società subisce per effetto del mancato scioglimento, e quindi, della ritardata cessazione dell’attività<sup>11</sup>.

Sebbene la Suprema Corte possa essere giunta ad una soluzione più razionale con l’adozione del criterio del c.d. *differenziale dei netti patrimoniali*, questo non significa che la metodologia non mostri lacune ed iniquità poiché il differenziale può non essere l’intero effetto della causa gestoria contestata. A questo proposito sono stati elaborati dei correttivi per rendere sostanzialmente omogenee le situazioni patrimoniali da comparare. La situazione patrimoniale iniziale, oggetto del raffronto, va depurata delle poste dell’attivo la cui valorizzazione si giustifichi esclusivamente in

<sup>10</sup> Cassazione Civile Sez. I - Sentenza n. 17033 del 23.06.2008

<sup>11</sup> Vedasi in tal senso: Tribunale di Milano del 11.11.02; Tribunale di Milano del 7.2.03; Tribunale di Milano del 8.10.01; Tribunale di Genova del 24.11.97



una prospettiva di continuità aziendale. Inoltre le rettifiche operate sul primo bilancio, quali tipicamente quelle effettuate per correggere omesse svalutazioni di voci attive finalizzate ad occultare una perdita, vanno ripetute anche sul secondo bilancio posto in comparazione (ad es. un credito inesigibile, eliminato come tale dalla situazione patrimoniale iniziale, va eliminato anche dalla situazione patrimoniale successiva). Analogamente poiché l'attività di mera liquidazione implica costi ed oneri ineliminabili che non potranno essere imputati a titolo di danno, questi dovranno essere oggetto di rettifica in diminuzione della seconda situazione patrimoniale.

**e) La responsabilità nelle varie forme di *governance***

Le responsabilità in cui gli amministratori possono imbattersi, nell'esercizio delle loro funzioni, non possono definirsi esclusive o, in qualche maniera, dissociate dalla forma di *governance* che la società ha inteso adottare. Un'analisi di questo tipo trascende dalle effettive responsabilità ricoperte dagli organi sociali nominati, i quali non possono sentirsi esonerati dalle possibili ricadute delle azioni poste in essere dagli amministratori. Tale condizione, se pur nell'evidenza di una responsabilità diretta da parte del singolo amministratore, potrebbe essere causata anche da una negligenza o da una residua responsabilità dell'intero sistema di governo societario, oppure dall'inadeguatezza dello stesso. In questo contesto devono far riflettere le recenti disposizioni normative, le quali prevedano una residua responsabilità gestionale intorno all'ente, anche in presenza di inadempimento personale. Sullo stesso ente, infatti, ricade una residua responsabilità dovuta alla mancata vigilanza, o alla mancata attuazione delle azioni necessarie affinché il rischio, espresso anche nella sua forma potenziale, non si verificasse.

Ricordando che nelle forme societarie più elementari e nelle società di persone non si può parlare di responsabilità per danno bensì per debito degli amministratori e soci, l'esame di questo lavoro si concentra nelle due principali forme societarie:

Nella società a responsabilità limitata, la riforma del diritto societario ha previsto una forma di *governance* identificabile quale intermedia fra la precedente normativa riferita alla spa e le caratteristiche tipiche delle società personali, basate sulla centralità dell'*intuitus personae*. Il nuovo modello di governo, quindi, oltre che per una più ampia autonomia statutaria, si distingue anche per la fusione della classica struttura amministrativa e di controllo tipica delle società di persone (con una gestione affidata ed un controllo diretto dei soci) con un modello organizzativo tipico della spa, quale il modello collegiale di amministrazione (il consiglio di amministrazione). A fronte di questa spiccata autonomia fornita all'organo di gestione, si è provveduto ad individuare un particolare diritto di controllo, riconosciuto ai sensi dell'art. 2476 c.c., a favore di ciascun socio non





amministratore. In questo modo si è andati a configurare, a favore del socio escluso dalla gestione amministrativa, un permeante potere di controllo (per parte della dottrina tipico del collegio sindacale<sup>12</sup>) secondo cui “i soci che non partecipano all’amministrazione, hanno diritto ad avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali ed a consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all’amministrazione”<sup>13</sup>. Ora, in ragione di quanto sopra espresso, appare chiaro come ricada anche sull’intero organo gestorio, la responsabilità dell’amministrazione. La responsabilità della gestione aziendale deve essere ricondotta, non solo sugli amministratori, ma anche su quei soci che hanno “intenzionalmente” deciso od autorizzato il compimento di determinati atti<sup>14</sup>. E’ evidente come tale disposizione risulti di particolare interesse per il lavoro svolto, in quanto la norma definisce la sostanziale configurazione di profili di responsabilità anche in ordine al socio, il quale, senza aver formalmente assunto alcuna carica amministrativa, esercita e gestisce in modo sostanziale la società attraverso l’eventuale avallo di decisioni amministrative. Di fatto si crea, in capo al socio non amministratore, una vera e propria responsabilità solidale, con gli amministratori a titolo di concorso nella gestione<sup>15</sup> e *culpa in vigilando*. Tale responsabilità, non si estrinseca nella sola mancata vigilanza sull’operato degli amministratori, ma in una più profonda intenzionalità del socio di influenzare il compimento di atti dannosi. Si pensi alla delibera assembleare dalla quale si accerti che “la manifestazione di voto del socio sia stato il frutto ed il risultato, di una effettiva e consapevole partecipazione al relativo processo decisionale<sup>16</sup>”, in tale condizione non si può discernere la responsabilità del socio, dal reale potere di gestione ricoperto dall’organo amministrativo. E’ proprio in condizioni analoghe che si viene a delineare la responsabilità del socio, che, tuttavia, non potrà mai essere esclusiva ed autonoma, quanto, semmai, di natura solidale con l’organo amministrativo.

Nelle società per azioni, la riforma ha determinato due nuove forme di amministrazione e controllo mediante l’introduzione del sistema dualistico e del sistema monistico. Il primo individua, in termini di gestione, una più marcata distinzione fra azionisti ed organo amministrativo individuando, tra gli organi societari, un consiglio di gestione ed un consiglio di sorveglianza ed

<sup>12</sup> Sull’argomento si veda G. F. Campobasso “Diritto delle società” Vol. 2 Ed. 6 pag. 574;

<sup>13</sup> Tali diritti possono essere regolamentati dall’atto costitutivo, tuttavia non possono essere soppressi si veda sull’argomento Arato in Rivista Le Società 2004, pag. 1195; Benazzo in Rivista Le Società 2003 pag. 1070. Sulle modalità di esercizio del diritto di controllo v. Trib. Milano 30-11-2004.

<sup>14</sup> Sull’argomento si veda “Responsabilità del socio di S.r.l.: riflessioni sull’art. 2476 comma 7” Diritto e Pratica delle Società n.11/12 – novembre, dicembre 2011.

<sup>15</sup> Si veda Diritto e Pratica della Società n.11/12 2011 – Ennio Franzoia. Lo stesso autore esprime attraverso riflessione accurata e motivata come “La responsabilità del socio ex art. 2476 comma 7, trova equilibrato bilanciamento con i poteri gestori attribuiti al socio stesso e, in ultima analisi, con la volontà del legislatore di enfatizzare la natura profondamente personalistica della srl.”

<sup>16</sup> Op. cit. Diritto e Pratica della Società n. 11/12 2011. – Ennio Franzoia





affidando il controllo contabile ad un revisore o ad una società di revisione. Il secondo modello si caratterizza per la soppressione del collegio sindacale, con l'individuazione di un consiglio di amministrazione e con un comitato per il controllo sulla gestione che viene determinato direttamente all'interno dello stesso consiglio di amministrazione, affidando il controllo contabile ad un revisore esterno o ad una società di revisione<sup>17</sup>.

In termini di responsabilità, con il sistema tradizionale del consiglio di amministrazione su ciascun membro ricadono oltre ad obblighi specifici anche gli obblighi di natura generica. Si pensi all'obbligo di diligenza e di vigilanza, quest'ultimo, riveste particolare importanza negli organi amministrativi collegiali, in quanto, in forza dell'art. 2392 c. 2 c.c., *“sono solidalmente responsabili quegli amministratori che non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o che, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano, per impedirne il compimento o eliminarne, o attenuarne, le conseguenze dannose”*. Di particolare interesse risulta, quindi, la posizione di quei consiglieri che, pur appartenendo ad un organo amministrativo collegiale, hanno delegato in tutto, o in parte, i propri poteri ad uno o più amministratori o ad un comitato esecutivo. Per tali soggetti, come già evidenziato, la concessione della delega funzionale non inficia sul loro generale dovere di sorveglianza al fine di svolgere un controllo per scongiurare qualsiasi atto compiuto dal delegato che possa essere pregiudizievole alla società.

L'introduzione del D.Lgs 231/01 ha determinato per gli amministratori un ulteriore profilo di rischio in quanto ha ricondotto in capo agli stessi un obbligo di esercitare ogni azione in loro potere volta a ridurre il rischio potenziale per l'ente. La mancata adozione dei modelli necessari ad esercitare un'azione volta a ridurre il rischio potenziale, determina a carico degli amministratori, una vera e propria inversione dell'onere della prova qualora il reato si verifichi. Il reato, per quanto commesso dalla persona fisica, si presenterà sempre come ascrivibile all'ente, qualora lo stesso non riesca a dimostrare che erano state adottate tutte le azioni ed i correttivi necessari alla riduzione/contenimento di rischi potenziali.

Alla luce di questa considerazione, la società potrà ritenersi esentata da responsabilità quando è in grado di dimostrare che colui che ha commesso il reato sia stato abile ad eludere i modelli di standardizzazione e proceduralizzazione dei processi aziendali con intento doloso e fraudolento, ma non per l'inadeguatezza o la mancata applicazione del modello organizzativo.

---

<sup>17</sup> Per un maggiore approfondimento si legga documento 67/2006 Fondazione Aristeia, documento n. 60, 61/2006 Fondazione Aristeia.



L'adozione dei modelli organizzativi 231/01 diventa in questo modo una precisa scelta di *governance* a cui gli amministratori non possono sottrarsi<sup>18</sup> visto che è la stessa disciplina del codice civile a prevedere in capo agli amministratori un dovere di curare e vigilare sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 2381 c.5 e 2043 cc.

E' evidente, quindi, come sugli amministratori si venga a configurare una necessaria valutazione del rischio (c.d. *risk assessment*) attraverso il quale deve essere ponderato il grado potenziale del verificarsi di illeciti da parte di una o più aree aziendali. Questo non si traduce in una obbligatorietà *tout court* nell'adozione dei modelli 231/01 ma è di tutta evidenza che sempre più frequentemente la normativa prodotta dal legislatore riconduca a tali fattispecie; si veda il regolamento dei Mercati di Borsa Italiana Spa, i numerosi regolamenti per le società pubbliche<sup>19</sup>.

In relazione alla portata ed alla valenza dello "strumento 231" si deve tuttavia evidenziare come tale modello si raffiguri sempre più come un vero e proprio dovere degli amministratori in ragione della carica assunta anche in relazione ad un vuoto normativo sulla dimensione e tipologia dell'impresa. Questo significherebbe che tutte le imprese, e quindi i rispettivi organi amministrativi, sono soggetti alla valutazione della necessità di applicare i modelli organizzativi 231. Tale condizione resta di difficile applicazione per la maggioranza delle imprese italiane di piccole o micro dimensioni. E' evidente come l'aspetto dello stesso modello organizzativo previsto ed individuato dal modello 231/01 per quanto flessibile e non standardizzato vada comunque a scontrarsi con la forma snella ed agile di molte aziende italiane che spesso sono composte da gruppi familiari o da vere e proprie famiglie allargate che difficilmente riescono ad individuare l'importanza e la valenza del modello, nonché l'importanza che lo stesso riveste in sempre più occasioni nella determinazione della responsabilità degli amministratori.

Da osservare che è proprio quando si ha una concentrazione di poteri gestori in una ristretta base amministrativa la necessità di applicare un modello 231 si rende quanto mai opportuna proprio per le considerazioni e le conseguenze sopra descritte.

#### **f) La disciplina responsabilità per attività di direzione e coordinamento**

L'art. 2497 del codice civile prende in esame la fattispecie soggettiva delle "... *società o enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse*

---

<sup>18</sup> N. Abriani, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario* in AGE 2/2009

<sup>19</sup> Sul tema si legga D. Pulitanò "La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano" in AA.VV. e "La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse" in Cass. Pen supplemento al n. 6 2003.



*imprenditoriale proprio o altrui<sup>20</sup> in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime...*” ed attribuisce loro una diretta responsabilità “... nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società...” e permettendo al soggetto leso (socio e/o creditore sociale) di poter “...agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento”.

Il codice civile, pertanto, nella disciplina dei casi di direzione e coordinamento, definisce una responsabilità di tipo principale della società o dell'ente capogruppo, allorché la stessa viola i principi di corretta gestione societaria, nei confronti dei soci esterni e dei creditori della società sottoposta a direzione e coordinamento; con la precisazione che questa responsabilità principale si aggiunge (e non sostituisce) a quella ordinaria prevista per gli organi della società diretta e coordinata.

Da osservare che la responsabilità da direzione e coordinamento nasce dalla presunzione *iuris tantum* prevista dall'art. 2497 sexies c.1 del c.c. (in merito al consolidamento dei bilanci o quando sono rispettati i requisiti previsto dall'art. 2359 c.c. in merito alla definizione di controllo) ma è soggetta a valutazioni in fatto. In altri termini l'esistenza del controllo societario non impedisce alla controllante di contestare l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ed il nesso di causalità tra direttive impartite e pregiudizio recato.

La responsabilità ex. 2497 c.c. è ancorata all'abuso di direzione e coordinamento e non all'esercizio inefficiente o all'abuso dei poteri di controllo sulla controllata; ed è proprio per questo che in tutte queste fattispecie si processa l'accertamento di fatto della conformazione del gruppo societario ed il rispetto delle norme sulla trasparenza<sup>21</sup>. Pertanto, la capogruppo non è responsabile ex art. 2497 c.c. quanto a) la decisione da cui deriva il danno esula dalla sfera della direzione e del coordinamento; b) la scelta gestionale da cui dipende la sottrazione della decisione alla sfera della direzione e del coordinamento è da giudicare corretta sotto il profilo gestionale.

Alla luce di queste brevi note, si comprende come sia rilevante l'esame della condotta della capogruppo che, in quanto tale, dovrà dimostrare, pena il coinvolgimento nella

<sup>20</sup> La definizione “altrui” è da interpretare alla luce dei chiarimenti enunciati dalla prevalente dottrina in ordine alle varie tipologie di holding. In sintesi per le holding “di vertice”, proprio perché si pongono a capo dell'intero gruppo, l'attività di direzione e coordinamento ha un interesse proprio; per le holding “intermedie”, proprio perché sono a loro volta soggette ad attività di direzione e coordinamento, potrebbe verificarsi che la loro attività di direzione e coordinamento sulle proprie controllate persegua un interesse imprenditoriale altrui (la capogruppo di vertice).

<sup>21</sup> Art. 2497 ter c.c.: “Le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'articolo 2428



## ODCEC PISA

### Commissione studio – Diritto Societario

responsabilità, che è stato perseguito l'interesse imprenditoriale del gruppo unitariamente inteso e nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società. Rileva come fonte di responsabilità, pertanto, anche l'agire nell'interesse proprio o altrui non imprenditoriale.

Diverso appare il caso della società holding in quanto la norma non sembra richiedere l'adozione di adottare politiche che abbiano come obiettivo prioritario la creazione di valore in senso tecnico per i soci di ogni società del gruppo: di improntare cioè la gestione della controllate al principio della c.d. *shareholder value*<sup>22</sup>. La salvaguardia della "redditività e valore della partecipazione" non impone di orientare la gestione a obiettivi e finalità verso quelli che presiedono in generale la gestione delle società commerciali.

Per accertare la negligenza degli amministratori della capogruppo dovrebbero valere gli stessi criteri di valutazione della condotta utilizzati per accertare se c'è negligente gestione (della società amministrata) nella singola società; in verità la discrezionalità di gestione dei vari organi nei rapporti infra gruppo deve essere verificata con maggiore rigore in quanto non può essere attenuata dalla necessità del "prezzo di mercato". Proprio per questo, si tratterà di sindacare le scelte degli amministratori non soltanto in termini di diligenza ma anche in termini di "fedeltà" agli interessi di tutti gli azionisti.

I termini di questo accertamento sono condizionati, su piani peraltro molto diversi, anche: a) dalla qualificazione della responsabilità in questione come contrattuale o extracontrattuale; b) dalle valutazioni da operare, per escludere o affermare la responsabilità, in ordine alla sussistenza del danno, alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e di operazioni dirette ad eliminarlo.

La Relazione Ministeriale al D.Lgs. 6/2003 qualifica la responsabilità della capogruppo (ex art. 2497) come extracontrattuale; mentre la prevalente dottrina (anche se non in modo univoco) la qualifica come "responsabilità contrattuale" proprio in forza del c.2 dell'art. 2497 sexies c.c. che individua il contratto di dominio da cui scaturisce l'esercizio della direzione e coordinamento rappresenta un vero e proprio obbligo contrattuale. Quest'ultimo indirizzo comunque pare prevalere proprio in relazione all'obbligo della prova che, in senso letterale dell'art 2497 c.c., spetta alla capogruppo "l'onere della prova di non aver violato la norma".

Un particolare rilievo da commentare, vista la peculiarità della fattispecie in parola, è la mancanza di responsabilità nella valutazione del risultato complessivo della direzione e del coordinamento: cioè, tenuto conto dei *vantaggi compensativi* che possono derivare

---

<sup>22</sup> La teoria dello "Shareholder Value" si fonda sulla creazione del valore come principio guida nella gestione dell'impresa; il criterio è quello di pianificare le scelte aziendali al fine di realizzare un'efficace allocazione delle risorse e permettere all'impresa di selezionare quelle opportunità d'investimento che ne aumentano il valore di mercato di lungo periodo in termini di flussi finanziari generabili.



dall'appartenenza al gruppo e delle operazioni eventualmente intraprese per eliminare il danno. I vantaggi compensativi derivanti dall'appartenenza al gruppo, per la dottrina prevalente, sono quelli che fanno mancare il danno alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e del coordinamento. Per escludere la responsabilità, quindi, si può tenere conto sia dei vantaggi riconosciuti alla società in primo tempo pregiudicata, sia di quelli conseguiti dal gruppo (c.d. "vantaggi di gruppo"), nella misura in cui ne possa beneficiare la società, in misura equivalente al pregiudizio risentito.

L'accertamento, dunque, dovrà aver riguardo agli eventi trascorsi e a quelli attesi, sulla base dal progetto complessivo in cui si inserisce la decisione che ha dato luogo al pregiudizio, quale si evince dalle motivazioni fornite a norma dell'art. 2497 ter c.c., nonché dalla relazione degli amministratori stesa a norma dell'art. 2497 bis c.c.; infatti l'art. 2497 ter c.c. impone all'organo amministrativo di motivare (e rendere trasparente) le proprie decisioni rientranti nell'ambito della direzione e coordinamento. L'osservanza di questa previsione, consente alla società che esercita la direzione e il coordinamento un modo corretto e illuminato di preconstituersi le prove per dimostrare che l'azione intentata dal socio ex art. 2497 c.c. è infondata perché - essendo difficile provare che non c'è esercizio di direzione e coordinamento se c'è controllo (cfr. l'art. 2497 sexies c.c.) - sia possibile provare che il danno o non c'è alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, o, se c'è, non è stato causato da condotta ispirata a un interesse imprenditoriale proprio o altrui, contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Il comma secondo dell'art. 2497 c.c. configura una solidarietà nella responsabilità per "*chiunque abbia preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio*". Per questo il concetto di responsabilità solidale degli organi sociali può essere visto dal punto di vista:

- della capogruppo

nel caso in cui si sia realizzato "l'abuso" della direzione unitaria delle imprese del gruppo e ci sia stata una "partecipazione", sia in senso attivo che omissivo, al fatto lesivo da parte di uno o più soggetti.

- della controllata

in quanto gli organi della società controllata non sono meri esecutori della volontà della capogruppo, poiché su di esse ricade il dovere di "filtrare" l'input della direzione e coordinamento (seppur motivato per la capogruppo) con i generali doveri del rispetto dei principi di corretta gestione e controllo che sono riconducibili alla carica conferita.

- di chi ha consapevolmente tratto beneficio



questa fattispecie residuale include nella responsabilità solidale anche coloro che abbiano consapevolmente tratto beneficio dal fatto lesivo (danno evento) con la limitazione al solo vantaggio conseguito. In pratica, nella maggior parte dei casi, si tratta del coinvolgimento delle società “sorelle” che hanno beneficiato dell’operazione pilotata dalla capogruppo e rivelatasi pregiudizievole per i soci o i creditori della società sottoposta.

L’estensione di questa responsabilità è incerta e può essere ampia, seppure limitata dalla rilevanza dello stato soggettivo di consapevolezza nell’aver approfittato.

In merito al danno risarcibile ex art. 2497 c.c. si evidenzia che esso ha per oggetto le perdite di redditività o di valore della partecipazione sociale che, per il tempo e il modo in cui si sono verificate, sulla base di uno sviluppo normale degli eventi, si possono considerare, con adeguata probabilità, causate dalla condotta antigiuridica contestata alla capogruppo.

Per quantificare il risarcimento che compensa il danno così rappresentato, potrà aversi riguardo al deprezzamento del valore dell’azienda, alle performances dei titoli operanti nello stesso settore economico della controllata, alle performances della azioni della controllata nel periodo precedente l’acquisto del controllo.

Nel caso in cui il danneggiato sia stato il creditore della società soggetta a direzione e coordinamento, il risarcimento avrà ad oggetto essenzialmente l’entità del debito rimasto insoddisfatto in conseguenza della verificata responsabilità.

#### **g) Brevi note sulla Business Judgement Rule: definizione ed applicazione**

La *Business Judgement Rule* è stata elaborata dalla dottrina statunitense con lo scopo di limitare l’autorità giudiziaria nell’ambito delle azioni di responsabilità contro gli amministratori delle società, garantendo di fatto l’autonomia delle scelte gestionali da quest’ultimi poste in essere.

L’applicazione di questa regola, recepita anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, impedisce al giudice di sindacare nel merito le scelte di gestione poste in essere dagli amministratori e, quindi, la loro opportunità e convenienza: la legge, infatti, impone agli amministratori l’obbligo di gestire la società nel rispetto di principi dettati dalla normativa, ma non certamente quello di non commettere errori. In altri termini non potrà essere eccepito contro l’amministratore un giudizio di responsabilità per una scelta gestionale che non ha prodotto un esito positivo, ma si potrà agire contro di lui se la scelta gestionale non è stata assunta secondo le regole dell’ordinamento giuridico italiano.

Il giudice, così, è chiamato, non tanto ad una valutazione *ex post* del risultato conseguito dall’organo amministrativo della società, ma ad una valutazione del rispetto dei principi generali e



specifici dettati dalla norma, e quindi a valutare se gli amministratori abbiano assolto ai loro obblighi con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Un grave errore di gestione non può costituire di per sé un'ipotesi di responsabilità, ma lo può divenire se conseguito in violazione di un obbligo/dovere richiesto all'amministratore o all'organo di controllo ove nominato. Si pensi a quanto evidenziato in questo capitolo in merito a:

Art. 2392 c.c. - Rapporto tra natura dell'incarico e le competenze specifiche dell'amministratore;

Art. 2381 c.c. - Dovere di agire informato;

Art. 2392 bis c.c. - Ampliamento dell'azione sociale di responsabilità

Le scelte degli amministratori, anche quando siano stati commessi errori con conseguenze dannose e/o non convenienti per la società, possono rimanere indenni da giudizi avversi quando siano state compiute: con piena trasparenza sugli interessi di ciascun amministratore (2391 2497 e 2629 bis c.c.), con il rispetto delle regole e procedure previste dallo statuto o dalla legge per determinate operazioni (2391 bis c.c.), con l'osservanza di quelle cautele, verifiche ed informazioni previste dalla diligenza professionale (2391 e 2381 c.c.).

Nessuna censura può essere eccepita sul merito delle scelte imprenditoriali degli amministratori poiché quest'ultimi non hanno l'obbligo di amministrare con successo economico, ma hanno obblighi e doveri intrinseci alla carica rivestita la cui violazione sarà oggetto di valutazione di responsabilità.

Per questo è fondamentale e centrale il ruolo dell'adeguatezza dei sistemi organizzativi, amministrativi e contabili predisposti dagli stessi amministratori in modo tale da, seppur non sempre concretamente applicabili in realtà imprenditoriali piccole, permettere la ricostruzione del processo decisionale ex post, così da esprimere un giudizio sulla sua adeguatezza ad impedire il verificarsi del danno.

Se nella normalità dei casi il confine di giudizio è ben marcato, vi sono altri casi in cui l'analisi non può esimersi dal risultato stesso. E' il caso proprio della crisi aziendale, quando cioè gli amministratori si trovano davanti alla scelta di procedere ad un risanamento aziendale o intraprendere la soluzione liquidatoria: decidere per la prima delle due ipotesi comporta necessariamente l'assunzione del rischio di poter peggiorare lo squilibrio (crisi) aziendale; per la seconda ipotesi può portare nella condizione di aver smantellato una realtà aziendale ancora idonea a generare profitto.

Si pensi al riguardo all'ampio spettro di casi oggetto di valutazione a cui è sottoposto l'operato dell'amministratore, come:





- il caso in cui l'organo amministrativo si astenga dal valutare con adeguata ponderazione gli aspetti del progetto che successivamente si siano rilevati frutto di eccessiva approssimazione;
- il caso in cui l'organo amministrativo non si sia preventivamente accertato del valore vincolante dell'impegno del ceto bancario alla concessione di nuovi affidamenti (magari accontentandosi di semplici manifestazioni di interesse);
- il caso in cui l'organo amministrativo abbia sovrastimato il valore dei propri beni (materiali e/o immateriali) da cedere;
- il caso in cui l'organo amministrativo che non abbia con prontezza accertato una causa di scioglimento del contratto sociale e rinviando così la messa in liquidazione della società.

Talvolta gli amministratori, al fine di marcare tangibilmente lo standard qualitativo del processo decisionale che li abbia condotti all'elaborazione ed attuazione del piano di risanamento, richiedono un confronto di pool di professionisti (almeno un legale ed un revisore legale) che certifichino (il revisore legale) la correttezza delle previsioni formulate e quindi sulla ragionevolezza del piano stesso.

Tale giudizio, che potremo definire in qualche modo "esterno", non può però che discendere da una serie di dati e di informazioni che vengono forniti direttamente dall'organo amministrativo stesso (principale attore della "mala gestio"): si capisce pertanto come sia necessario che le informazioni ed i dati contabili siano veritieri, e rappresentino fedelmente la reale situazione dell'azienda. In questo contesto, si comprende anche l'importanza per il professionista di approfondire e ricercare sufficienti prove del rispetto dei principi contabili di redazione del bilancio quale rappresentazione veritiera e corretta dei fatti aziendali.

In estrema sintesi, per ricercare tutela nella teoria del *business judgement rule*, occorre anche portare pieno rispetto al dovere di diligenza (*duty of care*) e al dovere di lealtà (*duty of loyalty*).



## Capitolo 2

### ***L'organo amministrativo in caso di perdita del capitale, di crisi e di insolvenza***

#### **a) Doveri specifici degli amministratori in situazioni di crisi e di insolvenza**

La responsabilità degli amministratori, quando l'impresa si trova in uno stato di crisi o di insolvenza, ovvero si accinge ad affrontare simili condizioni, può essere ricondotta alle seguenti circostanze:

- a) per aver cagionato o aggravato la crisi dell'impresa: cioè il rischio della violazione delle regole della corretta amministrazione;
- b) per non aver percepito i sintomi della crisi o non avervi prontamente reagito: cioè il rischio della mancata adozione tempestiva delle misure correttive;
- c) per aver malamente adoperato gli strumenti necessari o utili a fronteggiare la crisi o a limitarne gli effetti;

#### **a) Responsabilità per aver causato (o concorso a causare) la crisi**

Le ragioni per le quali un'impresa entra in uno stato di crisi sono le più svariate e non necessariamente esse dipendono esclusivamente da comportamenti ascrivibili a chi è chiamato a comporre l'organo amministrativo; spesso c'è un mix di fattori dove la componente decisoria dell'organo amministrativo può assumere un peso rilevante.

Le scelte imprenditoriali restano insindacabili ad opera del giudice, ancorché possano aver avuto effetti negativi sull'andamento economico dell'impresa, in base all'inquadramento dei concetti riconducibili alla *business judgment rule* ed alla *rule of law*. Solo la violazione di quest'ultima, cioè di doveri derivanti da vere e proprie regole di diritto, è idonea a generare responsabilità giuridica; mentre l'insindacabilità della scelta restano estranee a questo ambito, potendo semmai assumere rilievo soltanto nella dinamica del rapporto di fiducia che deve esistere, ove titolarità e gestione del capitale impiegato facciano capo a soggetti distinti, tra i soci e chi amministra la società<sup>23</sup>.

Tra i doveri giuridici che gravano sull'amministratore, come già ricordato, spicca quello di adottare un assetto organizzativo della società adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa. A questo dovere allude espressamente l'art. 2381 c.c., che specificamente lo imputa agli "organi

---

<sup>23</sup> In tal senso, di recente, Cassazione Civile Sez. I Sentenza n 3409 del 12 febbraio 2013 e, ancor prima, n. 3652 del 28 aprile 1997.



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

delegati” (comma 5), cioè agli amministratori delegati o al comitato esecutivo, ma prescrive altresì che l’intero consiglio di amministrazione debba valutarne l’adempimento, sulla base delle informazioni fornitegli (comma 3). Benché dettato con riferimento alla sola società per azioni e benché apparentemente volto soltanto a disciplinare il funzionamento degli organi amministrativi collegiali, pare difficile dubitare che il dovere di curare che la società sia dotata di un assetto organizzativo adeguato gravi sempre e comunque su coloro che sono chiamati ad amministrarla. Si tratta, perciò, di una norma che esprime un principio generale dell’amministrazione societaria, principio destinato ad operare anche qualora la società non si sia dotata di un organo di amministrazione consiliare o non abbia, comunque, istituito la figura dell’amministratore delegato o il comitato esecutivo.

Allo stesso modo, pur nel diverso inquadramento che si ritenga di dover dare ai doveri di diligenza gravanti sull’amministratore di una società a responsabilità limitata, pare indubbio che vi sia compreso anche il compito di organizzare adeguatamente l’impresa affidata alla sua gestione, trattandosi di una funzione intrinseca al fatto stesso dell’amministrare una struttura destinata alla produzione di beni o servizi. A tale conclusione si giunge considerando il concetto dell’adeguatezza dell’assetto societario come un concetto relativo; lo stesso Art. 2381 c.5 lo parametrizza “*alla natura ed alle dimensioni dell’impresa*”, esprimendo così un concetto modulabile e flessibile al singolo caso indipendentemente che sia svolta nella forma di spa o di srl.

Le scelte imprenditoriali dell’amministratore sono insindacabili, pur avendo provocato o concorso ad aggravare la crisi dell’impresa; ma lo diventano ogni qual volta tali negative conseguenze siano riconducibili, in tutto o in parte, ad un difetto di organizzazione dell’impresa medesima.

L’amministratore è perfettamente libero nell’individuare le finalità dell’agire imprenditoriale, ma ha il dovere giuridico di verificare che gli strumenti di cui la società dispone per realizzare quelle finalità siano adeguati allo scopo: sotto il profilo sia dell’organizzazione interna che dell’idoneità ad assicurare la corretta e veritiera rappresentazione contabile delle operazioni compiute. Doveri tutti che comportano l’applicazione di criteri e di regole elaborati essenzialmente dalla scienza aziendalistica ed, allo stesso tempo, con una valenza giuridica.

#### b) Responsabilità per tardiva percezione della crisi o inadeguata reazione

La crisi dell’impresa, soprattutto in un’epoca in cui l’interconnessione dei fenomeni economici su scala mondiale produce incontrollabili effetti di propagazione da un mercato all’altro, può dipendere da fattori in nessun modo imputabili a *mala gestio* degli amministratori. Il dovere di diligenza cui costoro sono tenuti impone loro, nondimeno, di saperne percepire tempestivamente i sintomi e di reagire in modo adeguato. Anche sotto questo aspetto può configurarsi una



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

responsabilità dell'amministratore che, o per inadeguatezza dell'assetto contabile ed organizzativo dell'impresa o per la mancata adozione di provvedimenti prescritti dalla legge in presenza di determinati presupposti, abbia tenuto un comportamento non coerente con il manifestarsi dei sintomi di crisi ed abbia così concorso ad aggravare il danno.

Gli amministratori debbono predisporre strumenti organizzativi che consentano loro di venire tempestivamente a conoscenza dell'avvicinarsi dello stato di crisi o di una situazione di squilibrio finanziario idoneo a sfociare nell'insolvenza. Essi debbono, cioè, porsi in condizione di esprimere un giudizio sulla continuità aziendale, ed essere in grado di constatare se eventualmente sia divenuto impossibile conseguire l'oggetto sociale, a causa della situazione economico-finanziaria dell'impresa, così da accertare tempestivamente il verificarsi della causa di scioglimento consistente nella perdita del capitale sociale. Ricordando le prescrizioni degli artt. 2446 e 2447 del codice civile (o artt. 2482 bis e ter per la srl) si comprende, anche in questo caso, come siano in gioco sia le generiche regole di buona amministrazione che veri e propri doveri giuridici, la cui violazione, se dannosa, è perciò idonea a generare responsabilità. L'obbligo di convocare "senza indugio" l'assemblea per gli opportuni provvedimenti e di sottoporle un'apposita situazione patrimoniale, non appena si sia verificata la perdita di oltre un terzo del capitale sociale, evidentemente presuppone che l'amministratore sia in grado di rilevare nel più breve tempo possibile il verificarsi di un simile evento e che, dunque, egli abbia avuto cura di predisporre un'organizzazione amministrativa e contabile adeguata a questo scopo.

c) Responsabilità per aver malamente adoperato gli strumenti necessari o utili a fronteggiare la crisi o a limitarne gli effetti.

La legge speciale mette a disposizione dell'impresa e dei suoi organi amministrativi una serie di soluzioni negoziali in base alla situazione patrimoniale economica e finanziaria della stessa. In questo contesto l'individuazione di una responsabilità dell'organo amministrativo può essere individuata nell'errore di aver adottato una soluzione rispetto ad un'altra che sarebbe stata già a quel momento più ragionevolmente utilizzabile. Salvo casi particolarmente eclatanti, è da ritenere che questa fattispecie sia limitata più alla teoria che alla pratica in quanto si dovrebbe immaginare altresì che in caso di quantificazione del danno dovrebbe essere espresso dalla differenza tra quanto avrebbe realizzato il danneggiato tra l'una e l'altra procedura.

La responsabilità conseguente alla perdita del capitale sociale

A carico dell'organo amministrativo c'è l'obbligo:  
di accertare senza indugio il verificarsi della causa di scioglimento e provvedere ai conseguenti adempimenti pubblicitari (art. 2485);



di gestire la società, verificatasi la causa di scioglimento, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 2486).

Da tali disposizioni, lette anche unitamente a quelle dettate dalla legge fallimentare in tema di bancarotta semplice, sembra potersi ricavare la regola generale dell'illegittimità del proseguimento dell'attività d'impresa se non per finalità meramente conservative in presenza di una situazione di crisi ormai irreversibile.

Da rilevare, però, che l'art. 182 sexies l. fall.<sup>24</sup> stabilisce che gli effetti del verificarsi della causa di scioglimento della società per perdita del capitale, ove sia stata depositata una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, sono sospesi a partire dalla data di deposito della domanda e fino alla relativa omologazione; diversamente continua ad applicarsi la disciplina generale prevista dal codice civile che impone all'organo amministrativo di convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti noti (ricapitalizzazione, trasformazione, liquidazione).

#### La responsabilità per la gestione della società nell'ambito delle procedure concorsuali

La possibilità di accedere ad una procedura di concordato preventivo (o accordo di ristrutturazione dei debiti) non presuppone più il requisito della "meritevolezza" soggettiva dell'imprenditore insolvente; l'amministratore deve comunque porre la massima attenzione nella gestione del rapporto (economico e, quindi, di potere) tra debitore e creditore, poiché una illegittima gestione genererebbe una causa di responsabilità per il medesimo.

Nella originaria legge fallimentare prevaleva il potere del creditore di assoggettare al proprio soddisfacimento i beni del debitore, sino al punto da limitare per certi aspetti anche la libertà e le capacità di quest'ultimo; con la nuova formulazione i rapporti sono mutati a favore del debitore, concedendo a quest'ultimo il potere negoziale verso i propri creditori (tutti o alcuni di loro), di richiedere un sacrificio dei propri interessi. Si pensi al nuovo regime delle preclusioni ed alla facilità di paralizzare le azioni esecutive e cautelari mediante la presentazione di domande di concordato o di omologazione di accordi di ristrutturazione ancora in divenire. A tal proposito la dottrina ha osservato che questa possibilità di accedere a soluzioni concordate della crisi d'impresa da parte di società versanti in condizioni di squilibrio patrimoniale (senza alcun obbligo dei soci di ricapitalizzare la società e con la possibilità di contrarre ulteriore indebitamento) accentua il rischio gravante sui creditori preesistenti in caso di insuccesso del tentativo di risanamento.

---

<sup>24</sup> L'art. 182 sexies l. fall. è stato introdotto dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134



Indipendentemente dall'effettivo raggiungimento dello scopo riformista del legislatore in materia di soluzioni della crisi d'impresa (la salvaguardia del valore residuo dell'impresa) ed in particolare sulla portata di tale riforma sui creditori, preme osservare che in un sistema ben equilibrato, ad ogni potere dovrebbe corrispondere un pari livello di responsabilità, e quanto più il primo si accresce tanto più dovrebbe divenire rigorosa la seconda. E' per questa ragione che, quantunque il legislatore non sia direttamente intervenuto per rendere più stringente la responsabilità dell'organo amministrativo (e/o dell'imprenditore) quando quest'ultimo abusi degli strumenti negoziali a disposizione per fronteggiare lo stato di crisi, il tema sarà oggetto di prossima attualità dottrina e giurisprudenziale per il recupero di regole o principi che sono rimasti immutati nella riforma della legge fallimentare, ma che nel nuovo quadro sistematico sono suscettibili di una significativa rivalutazione.

Di fatto, nel tempo trascorso, la prevalenza delle azioni di responsabilità intentate dalle curatele fallimentari nei confronti di amministratori e sindaci di società fallite si sono fondate sull'addebito mosso agli organi sociali di aver violato il dovere di astenersi dal compimento di nuove operazioni dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società, di regola ravvisata nella perdita del capitale sociale. E' utile ricordare il diverso quadro normativo scaturito dalla riforma del diritto societario e di quello fallimentare, con la formale eliminazione del divieto di nuove operazioni (sostituito dall'obbligo di compiere solo atti conservativi) e con la già citata possibilità di sospendere gli effetti del verificarsi la causa di scioglimento mediante la presentazione di domande di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Alla luce di quanto descritto, è probabile attenderci che le prossime azioni di responsabilità assumeranno un differente indirizzo, allorquando i curatori dovranno scrutinare i comportamenti degli organi sociali in una prospettiva, almeno in parte diversa, e con riflessi sulla difficoltosa tematica dell'individuazione del danno e del nesso di causalità tra il comportamento illegittimo dell'agente ed il danno medesimo<sup>25</sup>.

Si pensi ad esempio, alla valutazione della possibile illiceità (non solo in termini penali) del comportamento dell'amministratore che abbia compiuto operazioni gravemente imprudenti per ritardare il fallimento, o si sia astenuto dal chiedere il fallimento della società ormai inevitabile, se ciò abbia comportato un aggravamento del dissesto (artt. 217, nn. 3 e 4, e 224 l.fall.). E' ben vero che l'introduzione del nuovo art. 217 bis, volto proprio ad evitare che il rischio d'incorrere in responsabilità penale disincentivi le soluzioni negoziali della crisi auspiccate dal legislatore, ha esentato dal reato di bancarotta gli atti compiuti in esecuzione di concordati preventivi, accordi di

---

<sup>25</sup> Cassazione Civile Sez. I Sentenza n. 2538 del 8 febbraio 2005, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, pag 1637, e Cassazione Civile Sez. I Sentenza n. 11155 del 4 luglio 2012.



ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento attestati, nonché i pagamenti ed i finanziamenti che il giudice abbia autorizzato a norma del precedente art. 182 quinquies.

Quanto sopra evidenziato, però, non impedisce di configurare la responsabilità civile degli amministratori per il ritardo nella dichiarazione di fallimento, in conseguenza di tentativi infruttuosi di dar vita a soluzioni alternative di risoluzione della crisi, quando ne difettavano manifestamente i presupposti e tali tentativi abbiano peggiorato le condizioni patrimoniali della società; così come sicuramente non la esclude il ricorso abusivo al credito con dissimulazione dello stato d'insolvenza (artt. 218 e 225 l.fall.); e, soprattutto, potrebbe venire in evidenza la responsabilità per il cattivo esito di domande di concordato preventivo o di omologazione di accordi di ristrutturazione o di piani attestati, se sia dipeso dalla scorretta tenuta delle scritture contabili o da altri fatti derivanti da cattiva organizzazione dell'impresa pur in presenza dell'attestazione del professionista indipendente ex art. 67 c. 3 lett. d) l.fall.

#### **b) Il dovere di agire informato**

Gli obblighi e le responsabilità che incombono su ciascun amministratore variano in ragione della natura dell'incarico assunto e dalle funzioni concretamente assegnate; a seconda che l'incarico sia esecutivo o meno e che l'amministratore sia indipendente<sup>26</sup>.

La previsione dell'art. 2392 c.c. (prima della abrogazione con la riforma del 2003) imponeva agli amministratori uno specifico dovere di vigilanza sull'andamento generale dell'attività<sup>27</sup>. La responsabilità solidale degli amministratori è prevista dall'art. 2392 c.1, per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri sanciti dalla legge (salvo che non si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori). Ciò comporta che l'amministratore non delegato risponde solidalmente solo nel caso previsto dall'art. 2392, co. 2, c.c., ossia quando, essendo a conoscenza di un evento pregiudizievole, non si sia attivato per eliminare o attenuare le conseguenze dannose.

La rimozione del generale *obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione*, ha alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, sostituendolo con l'onere di *agire*

---

<sup>26</sup> Per amministratori "indipendenti" si intende amministratori privi di incarichi esecutivi che, oltre a non svolgere funzioni direttive, sono liberi da conflitti di interessi con chi governa la società. Tra le loro funzioni vi è il compito di vigilare sull'operato degli amministratori esecutivi, siano essi soci di controllo o terzi da questi ultimi designati e sono chiamati a svolgere un ruolo qualificato verso i soci e verso il mercato. (Cfr. Raccomandazione della Commissione UE sul ruolo degli amministratori non esecutivi 2005/192/CE)

<sup>27</sup> La relazione che accompagna la riforma chiarisce infatti che l'eliminazione "dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare le sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva nel trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva" (Cfr. relazione, par. 6.III.f).



*informato*, atteso il potere di richiedere informazioni ed il dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

Il dovere di agire informato va poi correlato con quello di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, traducendosi tanto nel dovere di richiedere informazioni ed approfondimenti, qualora emergano indizi che facciano dubitare della completezza o veridicità delle informazioni trasmessi dagli amministratori delegati, quanto in quello di dotarsi degli strumenti di comprensione necessari allo scopo<sup>28</sup>.

Il D.Lgs 6/2003 pone l'organo collegiale in primo piano, attribuendogli il potere di conferire e revocare le deleghe al suo interno e, sulle materie conferite, un potere concorrente con quello dell'amministratore delegato. Il consiglio conserva in capo a se una funzione di garanzia, ed avendo la facoltà di impartire direttive e di avocare a se le operazioni spettanti al delegato, può e deve impedire il compimento di eventuali azioni pregiudizievoli. L'organo amministrativo ha inoltre poteri di direzione concorrenti con gli amministratori delegati, da ciò ne consegue che l'adeguatezza degli assetti è dovere comune del primo come dei secondi, pertanto l'articolazione delle funzioni delegate dovrà essere tale da consentire l'effettivo dovere di agire informati e valutare pienamente l'assetto organizzativo adottato, finanche, ove necessario, l'esercizio dei poteri di revoca, avocazione e sostituzione dei delegati, da parte dell'organo collegiale.

Appare chiaro che, alla distribuzione dei poteri all'interno dell'organo collegiale debbano corrispondere adeguati flussi informativi. In questa ottica assume rilievo la figura del presidente dell'organo collegiale il quale *“convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri”* (art. 2381, co. 1, c.c.), in quanto è a lui che spetta l'obbligo di assicurare ai consiglieri un'adeguata informazione sulle materie da trattare all'ordine del giorno.

Proprio per assicurare all'organo collegiale la giusta quantità d'informazioni, il comma 5 dell'art. 2381 c.c. prescrive che gli organi delegati riferiscano al consiglio ed al collegio sindacale con periodicità almeno semestrale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggiore rilievo<sup>29</sup>. A fare da contraltare all'obbligo dei delegati di informare i deleganti, sta l'obbligo di questi ultimi di informarsi come prevede l'ultimo

---

<sup>28</sup> Cfr. MUSTI, *I Criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società*, in AA.VV. *Reati Societari* a cura di A. Rossi, Torino 2006 pag 31.

<sup>29</sup> Il codice impone ai delegati di informare il consiglio almeno con cadenza semestrale; tuttavia, al fine di mantenere informato l'intero organo amministrativo, ed in base anche ai volumi operativi della società amministrata, sarebbe opportuno prevedere una clausola nello statuto, o al momento della nomina, che accorci i tempi tra l'una e l'altra relazione dei delegati ad una periodicità trimestrale.





comma dell'art. 2381 che stabilisce il dovere dell'amministratore non delegato chiedendo *“agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società”*.

La normativa richiamata prevede un rapporto circolare e reciproco tra delegati e deleganti, che ha ad oggetto le scelte inerenti la struttura organizzativa, l'andamento generale della gestione e le maggiori operazioni compiute e da mettere in atto, rapporto che vede i primi onerati da doveri di informazione ed i secondi titolari del diritto ad essere informati e del potere/dovere di ottenere informazioni. Il dovere di agire informato, infatti, impone ai consiglieri non esecutivi il dovere di richiedere informazioni in presenza di indizi che, sulla base della *“diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”* dovrebbero far sorgere dubbi in ordine alla affidabilità e/o alla completezza delle informazioni ricevute e/o delle relazioni presentate dagli amministratori delegati<sup>30</sup>.

Il consiglio di amministrazione ha il potere di valutare *“l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società”* ma *“sulla base delle informazioni ricevute”* dai delegati, *“esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società”* ma *“quando elaborati”* dai delegati, *“valuta il generale andamento della gestione”* ma *“sulla base della relazione degli organi delegati”*<sup>31</sup>.

I poteri conoscitivi dell'amministratore non delegato vengono circoscritti alle informazioni ricevute ed alle relazioni degli organi delegati; i deleganti, quindi, sono chiamati ad informarsi quando agiscono ed in relazione alla questione sulla quale agiscono e non in modo continuo e generalizzato (dovere ante riforma).

La previsione dell'art. 2381 (u.c.) stabilisce che l'obbligo per gli amministratori di agire *“in modo informato”* si applica non solo al collegio, ma anche a ciascun amministratore; quindi, viene spontaneo comprendere quali compiti ha ciascun consiglieri non operativi, oltre al diritto di essere informati dai delegati. In altri termini viene da chiedersi se ciascun consigliere non operativo abbia l'onere ed il potere di compiere individualmente atti di ispezione e di controllo, esaminando testi contrattuali, registri e documentazione contabile. Benché sia certo che tale potere spetti al Consiglio

---

<sup>30</sup> Cfr. GRANELLI, *“La responsabilità civile degli organi di gestione alla luce della riforma delle società di capitali”* in Rivista Le Società 2003, pag. 1568, sostiene che il potere-dovere di chiedere un supplemento informativo scatti *“in presenza di lacune, contraddizioni o profili meritevoli di un maggior approfondimento delle informazioni fornite dagli organi delegati”*.

<sup>31</sup> Le disposizioni previste dall'art. 2381, c. 3, c.c., regolamentano i poteri e le responsabilità di amministratori deleganti e delegati sul piano della colpa (non del dolo) e limitatamente agli atti di gestione, non agli specifici atti non delegabili ed alle attività connesse. I commi 5 e 6 dell'art. 2381, nel prevedere in capo agli esecutivi il dovere di riferire ed in capo ai non esecutivi, circoscrivono il dovere di agire informato agli atti di gestione, non estendendolo agli atti amministrativi concernenti il funzionamento dell'organizzazione, quali sono l'approvazione del bilancio e la convocazione delle assemblee ex artt. 2446 e 2447 c.c.





di Amministrazione, l'impostazione dell'art. 2381 farebbe propendere per una risposta negativa<sup>32</sup> relativamente a poteri legali individuali, anche se, nello specifico, una opportuna clausola statutaria potrebbe attribuire al singolo tali poteri, con i vantaggi e gli svantaggi che tale soluzione comporterebbe.

Tanto chiarito rispetto agli obblighi ed ai poteri conoscitivi e di indagine facenti capo agli amministratori non operativi, occorre determinare in quali termini siano eventualmente configurabili ipotesi di responsabilità penale nei loro confronti. In primo luogo è opportuno considerare che l'amministratore non delegato non è artefice né promotore dei singoli atti gestori, che vengono definiti dagli organi delegati e portati all'attenzione del consiglio per l'eventuale delibera di approvazione; l'amministratore non delegato, pertanto, forma il proprio convincimento sulla base delle informazioni fornitegli dagli organi delegati.

### **c) Informazioni rilevanti e valutazioni degli assetti societari**

La fonte normativa inerente gli assetti societari è particolarmente carente sul contenuto; sul piano del diritto le riflessioni sul tema riguardano esclusivamente l'analisi della adeguatezza degli assetti organizzativi e non gli assetti stessi. L'unico documento, elaborato dalla dottrina, che affronta la definizione e la struttura degli assetti organizzativi è quello delle "Norme di Comportamento del Collegio Sindacale", nel quale viene fornita la definizioni ed i principi su cui poi esprimere il giudizio di adeguatezza. La necessaria presenza di un Organigramma aziendale, una definizione precisa dei Compiti e delle Responsabilità e delle deleghe unita alla presenza di precise procedure rappresentano il filo conduttore della legislazione. Sul piano del contenuto degli assetti inoltre resta da sottolineare che gli stessi devono essere accompagnati da idonei flussi informativi tra i vari organi e tra gli organi e le varie funzioni aziendali nell'ottica che le aree gestionali devono risultare coordinate tra loro mediante flussi informativi di carattere conoscitivo-informativo e di tipo conoscitivo-partecipativo.

L'adeguatezza dell'assetto resta ovviamente ancorata alla propria articolazione in relazione alle dimensioni e alla natura dell'attività esercitata dall'azienda.

Sul piano della crisi aziendale la valutazione degli assetti organizzativi e dei flussi informativi diviene regola di governance volta ad incentivare ex-ante comportamenti virtuosi che, passando per la modifica degli assetti organizzativi e dall'introduzione di modelli di prevenzione dei

---

<sup>32</sup> Secondo molti autori l'amministratore non operativo non dispone di autonomi poteri ispettivi o di accertamento diretto dei fatti sociali e, per adempiere al dovere di agire in modo informato, può al più richiedere ai delegati di fornire informazioni sulla gestione sociale. Tra i molti SACCHI "Amministratori delegati e dovere di agire in modo informato" in *Giurisprudenza Commentata* 2008, Vol. II, pag 386 e Cassazione Penale Sez. V Sentenza n. 23838/ 2007.



reati (d.lgs. 231/2001) tenda ad incentivare la prevenzione delle perdite aspirando alla efficienza dell'attività.

L'ordinamento societario attuale risulta però carente rispetto alla previsione di “apparati di allarme” che consentano di individuare tempestivamente l'insorgenza della crisi aziendale e la perdita della continuità della medesima; ad esempio, il riferimento al “patrimonio netto” e la riduzione di oltre un terzo e/o la riduzione al di sotto del minimo legale per la forma societaria prevista non sono sufficienti. Non volendo affrontare l'ampia casistica di operazioni di “annacquamento” del capitale, è necessario tenere presente che il patrimonio netto di per sé non può essere direttamente rappresentativo dello stato di salute dell'azienda, non è un valido strumento di prevenzione o di giudizio per dichiarare l'insostenibilità del programma aziendale.

Da osservare, inoltre, che la perdita del capitale è concettualmente diversa dalla norma del Codice Civile e quella della Legge Fallimentare: la perdita del capitale focalizza l'attenzione su un dato patrimoniale pertanto statico, fotografia di un momento; l'insolvenza invece ha carattere dinamico. L'impresa è insolvente se non è più in grado di far fronte alle proprie obbligazioni in scadenza e se dall'esame dei flussi monetari non lo sarà nel futuro; se il piano finanziario non è sostenibile l'impresa diverrà insolvente. Pur in presenza di previsioni economico reddituali negative, non esistono obblighi normativi a carico degli amministratori per esprimere giudizio di adeguatezza; ed allora a quali rischi si espongono gli amministratori?

Dobbiamo ricordare che l'attuale modello di responsabilità degli amministratori ha spostato il centro della responsabilità dalla diligenza (concetto statico) alla adeguatezza della organizzazione (concetto dinamico). Secondo le attuali norme gli organi amministrativi devono esaminare e approvare i piani strategici industriali e finanziari della società. In caso tali piani siano irrazionali o inattendibili, il sistema organizzativo che risulti carente di strumenti di previsione e riduzione della complessità e dei rischi dell'attività non potrà ritenersi adeguato. Pertanto un assetto organizzativo non potrà ritenersi adeguato qualora questo non si fondi su di una idonea pianificazione strategica.

A nessun amministratore potrà essere rimproverato di non essere al corrente degli eventi aziendali e societari, ma nel momento in cui si dovessero manifestare eventi che mettono in dubbio la continuità aziendale su questi incombe l'onere di informarsi con puntualità al fine di poter dare apprezzamento sulla reale portata dei rischi. Se tale compito di adeguata informazione viene ostacolato da un sistema informativo e organizzativo inadeguato, delle conseguenze di tali inefficienze risponderanno gli amministratori. Il Giudice che dovrà valutare circa la responsabilità degli organi amministrativi dovrà tener presente la sufficienza delle informazioni reperite dagli amministratori rispetto a standard di settore, ma per un giudizio complessivo non potrà non valutare



la adeguatezza del sistema organizzativo basandosi sulla valutazione di elementi oggettivi quali la presenza o meno di un piano strategico, la sua attendibilità o inattendibilità.

In questo caso non si tratta di un giudizio di merito su specifiche scelte di gestione ma di confrontare il modello organizzativo con modelli “virtuosi” sui quali il Giudice potrà documentarsi.

#### **d) Gli errori da evitare (obbligo di intervento e manifestazione di dissenso)**

##### Aspetti generali

Gli aspetti trattati in precedenza inducono a cercare di prevenire le situazioni nelle quali l'amministratore potrebbe essere soggetto ad azioni di responsabilità soprattutto in momenti di crisi in quanto potrebbe esservi coinvolto pur agendo con la diligenza richiesta per l'incarico stesso, quindi è utile, al fine di completare in maniera esaustiva l'argomento, cercare di comprendere gli errori che imprenditori e manager devono evitare per non diventare vittime di crisi senza ritorno e quindi incorrere in azioni di responsabilità.

La maggior parte delle crisi d'impresa hanno cause di mercato o derivano da errori gestionali, ma assumono contorni critici solo quando la crisi diventa finanziaria e si manifesta con la difficoltà di rispettare i pagamenti verso creditori (Stato, fornitori, banche) o i dipendenti. Recentemente è cresciuto, a causa delle pessime condizioni di liquidità su scala nazionale e internazionale, il numero di crisi innescate da mancati o ritardati pagamenti di clienti.

Gli amministratori, pertanto, quando affrontano situazioni di crisi, per non incorrere in possibili azioni di responsabilità da parte della società, dei soci e dei creditori, devono cercare di evitare alcuni errori per non aggravare la propria posizione e quella della società. Da qui una breve panoramica di operazioni da evitare:

##### Omissione di versamenti di imposta, ritenute e contributi

L'omissione di versamenti d'imposta, ritenute e contributi non è certo un modo per “contenere” la crisi in quanto, anzi, si aggrava ulteriormente il conto economico (e successivamente quello finanziario) di sanzioni più o meno ingenti e commisurate su tali importi.

In aggiunta se il mancato versamento delle imposte o tributi dovesse superare certe soglie (malgrado l'innalzamento da 50.000 a 200.000 euro) l'amministratore subirebbe un processo penale che lo vedrebbe condannato salvo che in particolari e circoscritte situazioni di “stato di necessità”<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> In argomento di legge la Sentenza n. 3926 del 07 gennaio 2013 Sez. GIP del Tribunale di Milano ... “se l'impresa non paga le tasse a causa di mancanza di liquidità ad essa non imputabile, non si può addebitare all'imputato il dolo del reato di omesso versamento delle imposte, per la cui sussistenza è necessario che il fatto sia preveduto e voluto dall'autore. In analogia si è espresso anche il Tribunale di Roma con la Sentenza n. 105/2014 del 7 gennaio 2014.



### Dismissione dei cespiti e vendite sottocosto

Nel tentativo di recuperare la liquidità necessaria per tamponare le urgenze, l'amministratore incorre nell'errore di dismettere alcuni beni o merci dell'impresa amministrata, privandola così di taluni fattori produttivi necessari.

Stessa cosa avviene quando l'amministratore applica costantemente politiche di sottocosto che, in situazioni normali possono essere anche una forma di marketing per cercare di fidelizzare la clientela, ma in situazioni di crisi sono una vera e propria operazione effettuata all'esclusivo fine di tamponare temporaneamente la deficitaria situazione finanziaria.<sup>34</sup>

### Pagamenti preferenziali

Prediligere certi creditori piuttosto che altri, magari quelli con i quali l'amministratore ha stretti legami di amicizia, parentela o di interesse economico personale è un errore di cui l'amministratore potrebbe rispondere in caso di fallimento della società. Ricordando che la valutazione di possibili azioni revocatorie è una delle prime indagini che il curatore compie al conferimento dell'incarico, questo tipo di operazioni sarebbero oggetto di esame per la violazione della *par condicio creditorum* e con rilievi penali inquadabili nella "Bancarotta Preferenziale".

### Restituzione dei finanziamenti soci

Questa operazione, soprattutto quando la compagine societaria è molto ristretta, ed il processo degenerativo dell'impresa è ormai irreversibile, è frequente ed analogamente contestata dall'organo della procedura in quanto è attuata per eliminare alcune voci contabili attive (come la "cassa" o crediti verso terzi) o per rimborsare effettivamente il socio indipendentemente dal principio della postergazione introdotto dall'art. 2467 c.c. che, per altro, è applicabile anche al caso delle società per azioni.<sup>35</sup>

### Politiche di bilancio in tempi di crisi<sup>36</sup>

Nei casi in cui la continuità aziendale sia a rischio, talune voci del bilancio possono apparire per l'organo amministrativo come una opportunità per il proseguimento dell'impresa in attesa (speranza) che la situazione possa migliorare. In generale tra le voci attive si indicano le immobilizzazioni, i crediti commerciali ed i crediti v/erario per imposte anticipate, le rimanenze; mentre tra le voci passive spicca il debito v/ soci per finanziamenti.

Di seguito le operazioni tipiche:

---

<sup>34</sup> La Cassazione Penale con la sentenza n. 6342 del 10 febbraio 2014 è intervenuta in materia di reati fallimentari dichiarando che può rispondere del reato di bancarotta fraudolenta l'imprenditore che aveva venduto la merce a prezzi scontatissimi

<sup>35</sup> Tribunale di Milano, Sezione Imprese B, Sentenza n. 9104/2015 del 28 Luglio 2015;

<sup>36</sup> Franco Roscini Vitali – Riv. "Bilancio in tempo di crisi" n. 1/2013 pagg. 14-21



- Immobilizzazioni: iscrizione, ammortamento e svalutazione

L'organo amministrativo, per non gravare ulteriormente sul conto economico ed aumentare la perdita di esercizio, si lascia tentare dal calcolo degli ammortamenti ridotti. In linea di principio questo comportamento non è precluso, ma deve essere opportunamente giustificato da effettivi accadimenti reali dell'azienda. Il principio contabile nazionale Oic 16, relativo alle immobilizzazioni materiali, sancisce che l'ammortamento deve essere calcolato anche sui cespiti temporaneamente non utilizzati ed è sospeso per i cespiti che non verranno utilizzati per lungo tempo ma, in tal caso, gli stessi potrebbero essere oggetto di svalutazione se il valore netto contabile iscritto in bilancio non fosse più recuperabile.

In via complementare, o alternativa, l'organo amministrativo è tentato di iscrivere tra le spese pluriennali (da ammortizzare) taluni spese sostenute nel corso dell'esercizio; anche in questo caso l'operazione di capitalizzazione è legittima nel caso di effettive spese aventi tale natura. Il principio contabile nazionale OIC 24 stabilisce che le spese possono giustificare l'iscrizione nell'attivo delle stesse, in quanto riferite alla futura redditività generale dell'impresa.

Considerato che la capitalizzazione delle spese citate (Art. 2426, n. 5, c.c.) può essere operata soltanto con il consenso del collegio sindacale, è opportuno che l'organo di vigilanza, ove presente, valuti attentamente la situazione prima di dare il proprio assenso. Inoltre, anche dopo aver dato l'assenso, il collegio sindacale deve verificare, almeno ad ogni data di riferimento dei bilanci successivi, se permangono i presupposti per mantenere l'iscrizione nell'attivo.

- Valutazione dei crediti

La valutazione dei crediti è uno dei problemi che i redattori dei bilanci devono affrontare: in molti casi, il procedimento valutativo darà origine a «svalutazioni». Il Codice civile prevede l'iscrizione in bilancio dei crediti al «*valore presumibile di realizzazione*» (art. 2426, n. 8).

Il principio contabile nazionale OIC 15 (I crediti), quale disposizione interpretativa e integrativa del Codice Civile, precisa che le perdite su crediti per inesigibilità non devono gravare sul conto economico degli esercizi futuri in cui esse si manifesteranno con certezza, ma, in ossequio ai principi della competenza e della prudenza, devono gravare sugli esercizi in cui le perdite si possono ragionevolmente prevedere. Problema connesso alla valutazione dei crediti è l'informativa, non solo nella nota integrativa ma anche nella relazione sulla gestione, che, seppure documento a corredo del bilancio, è diventato sempre più importante, tanto è vero che il revisore deve darne un giudizio di coerenza col bilancio (art. 14, D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39).

Nella relazione sulla gestione deve essere fornita l'informativa sui rischi, tra i quali è compreso il rischio di credito, rappresentato dall'esposizione della società a potenziali perdite che possono derivare dal mancato adempimento delle obbligazioni assunte dalla clientela.



#### - Crediti erariali per imposte anticipate

L'iscrizione delle imposte anticipate può rappresentare una tentazione in tempo di crisi, al fine di attenuare l'effetto negativo delle perdite di bilancio. In particolare, il riporto ai fini fiscali delle perdite (fiscali) può originare l'iscrizione delle imposte anticipate, ma questo deve avvenire nel rispetto dei principi generali che regolano la redazione del bilancio. Si tenga conto che l'eliminazione del vincolo quinquennale all'utilizzo delle perdite (art. 84, TUIR, come modificato dall'art. 23, co. 9, D.L. 6 luglio 2011, n. 98), non risolve il problema. Infatti, tale eliminazione aumenta l'orizzonte temporale di utilizzo delle perdite, ma nella maggioranza delle imprese italiane questo orizzonte è imperscrutabile, in quanto appare difficile effettuare previsioni attendibili di lungo periodo.

#### - Valutazione del magazzino

Le rimanenze di magazzino sono una voce del bilancio che riveste notevole importanza per le imprese mercantili e industriali. Il Codice civile si occupa della valutazione delle rimanenze nell'art. 2426, mentre l'Oic 13 (Le rimanenze di magazzino) è il principio contabile nazionale che illustra la valutazione e rappresentazione in bilancio delle stesse.

In molti casi addirittura la valutazione delle rimanenze è l'elemento fondamentale del bilancio, si pensi alle imprese edili nella fase di costruzione, e quindi gli amministratori potrebbero essere tentati di "aggiustare" tale valore in base alle esigenze di bilancio.

#### - Versamenti dei soci

I versamenti a titolo di finanziamento effettuati dai soci sono contabilizzati quali debiti ed esposti nella voce D 3 del passivo dello stato patrimoniale. In molti casi di crisi d'impresa i soci accettano di rinunciare alla restituzione dei finanziamenti effettuati in favore della società: sovente gli amministratori vorrebbero far transitare nel conto economico la rinuncia del finanziamento soci, iscrivendo una sopravvenienza attiva tra i proventi straordinari.

In proposito i principi contabili OIC 28 («Il patrimonio netto») e OIC 6 («Ristrutturazione del debito e informativa di bilancio») sono chiari e non consentono tale comportamento.

#### *Un decalogo per l'amministratore per tentare di evitare la crisi*

##### 1) Non ignorare i primi sintomi della crisi.

Il primo calo significativo di fatturato non deve essere giustificato con l'andamento del mercato, senza attuare alcuna reazione per contrastare un calo permanente delle vendite. Anche se il calo delle vendite non si traduce immediatamente in tensione finanziaria, potrebbe essere meno temporaneo di quanto si possa attendere e gli effetti comunque si manifesteranno. Occorre



domandarsi e calcolare quanto a lungo possa resistere l'impresa e predisporre i primi piani aziendali programmi per la riduzione dei costi o la ricerca di nuovi sbocchi commerciali.

Da constatare che le piccole e micro imprese, tipicamente predisposte ad una versatilità e velocità di reazione, spesso manifestano avversione al cambiamento e quando avviene, è tardivo.

#### 2) Tenere sotto costante controllo i principali indicatori patrimoniali economici e finanziari

Nelle situazioni di crisi, in particolare per le piccole e micro imprese, spesso sono assenti o scarsamente incisivi l'adozione di strumenti di controllo delle variabili gestionali.

Ritardo nella tenuta delle scritture contabili, scarsa dotazione informatica, mancanza di informazioni precise sui margini industriali di 1° e di 2° livello sono sintomi di particolare gravità. L'intuitus dell'amministratore può rivelarsi molto pericoloso quando i margini si assottigliano. Spingere su prodotti o attività i cui margini a un controllo più accurato risultano negativi significa accelerare la crisi bruciando cassa in modo ingiustificato nel momento peggiore. La presenza di un sistema di controllo di gestione tempestivo (più importante rispetto alla precisione assoluta) aiuta a rilevare altri segnali della crisi.

#### 3) Rifiutare la sindrome dell'aumento del fatturato

Alla mancanza di informazioni precise sui margini di prodotto (a cui concorre una gestione superficiale e imprecisa del magazzino) si accoppia talvolta l'ansia di mantenere i livelli di fatturato ad ogni costo, accettando ordini con margini troppo ridotti e scordando l'obiettivo di generare solo profitti netti e autofinanziamento.

Accettare ordini e commesse con tempi o servizi non alla portata della capacità aziendale potrebbe, ad esempio, causare penali o contenziosi legali assai spiacevoli.

#### 4) Non ignorare il rischio del credito commerciale

Quando le vendite e i margini calano, cresce esponenzialmente l'importanza di avere flussi di cassa. Incassare è la priorità. Questo significa presidiare il credito commerciale concesso con informazioni sui clienti ed evitare vendite a clienti con tempi eccessivi o dubbia capacità di pagamento. Gli "addetti al commerciale" devono allinearsi rigorosamente a questo principio.

#### 5) Avere una riserva di cassa

Per lo stesso motivo l'impresa che è entrata in una fase calante deve evitare qualsiasi tipo di insolvenza verso i creditori. Per farlo dovrebbe sempre avere una riserva di liquidità sufficiente ad affrontare possibili contrattempi (ritardi, revoche di fidi), accumulandola gradualmente e conservandola sino al ritorno di una situazione normale. E' simile a un'assicurazione sulla vita.

#### 6) Non sottovalutare la fragilità finanziaria

Una prevalenza di credito bancario a breve, revocabile senza preavviso, è estremamente pericolosa quando i sintomi della crisi avanzano. La riduzione del credito può essere improvvisa e





rivelarsi fatale, se determina difficoltà di pagamento ai fornitori e quindi di approvvigionamento. La trasformazione da revoca a scadenza, meglio se a medio termine, può essere fatta solo prima che la crisi risulti evidente al sistema bancario. Agire troppo tardi è inutile e controproducente.

7) Non sottovalutare l'importanza dei consulenti

Le carenze dell'amministratore possono essere coadiuvate con l'affiancamento di consulenti con cui affrontare i metodi di risoluzione della crisi.

8) Non tenere rapporti bancari di basso profilo

Gli istituti bancari sono da considerarsi "fornitori strategici" dell'impresa, ma non sempre vengono trattati come tali. Le piccole imprese non hanno una strategia di gestione dei rapporti bancari, non conoscono chi decide della fornitura e dei costi del denaro che usano ogni giorno, subiscono atti che possono non comprendere. E' solo questione di tempo e di pianificazione dei rapporti per evitare dispiaceri e subire costi non sempre adeguati.

**e) Divieto di concorrenza e conflitto d'interesse dell'amministratore (artt. 2390-2391 c.c.)**

Nel panorama delle responsabilità è stato fatto riferimento anche alla fattispecie del divieto di concorrenza e del conflitto d'interessi; ed è frequente il caso in cui un amministratore abbia un cumulo di cariche sociali che possono dare origine ad attività concorrenziale e/o una conflittualità tra interessi contrapposti.

Per attività concorrente, ai sensi dell'art. 2390 c.c., si intende uno stato perdurante di operazioni compiute dall'amministratore in concorrenza con la società, operazioni condotte con sistematicità e con preordinazione, e dalle quali risulti chiaro ed inequivocabile l'intento di "surrogarsi" alla società stessa. Pertanto si richiede un giudizio complessivo sulle attività poste in essere dall'amministratore.

Viene inoltre contemplata l'ipotesi di "concorrenza potenziale", ovvero il compimento di atti/operazioni che l'amministratore potrà porre in essere in un momento successivo (per esempio operare nell'ambito di un territorio non ancora raggiunto dalla società, ma nel quale è presumibile potrà estendere anche in futuro l'attività di questa).

Ulteriore ipotesi è l'attività concorrente per conto altrui: ipotesi più importante anche in relazione al problema del cumulo di cariche sociali e conflitto di interessi.

La dottrina ha riscontrato forti difficoltà nella determinazione e classificazione di questo concetto. Punto fondamentale perché ricorra la fattispecie dell'esercizio dell'attività concorrente per conto altrui è quello secondo cui l'amministratore deve svolgere materialmente, ovvero dirigere, un'attività concorrente con quella della società di cui è componente dell'organo gestorio, e che





questa attività sia esplicata in nome e per conto di un terzo. L'attività deve essere attività concorrente con l'impresa: tale requisito è una *condicio sine qua non* posta dalla legge. L'attività esercitata per conto di terzi deve essere tale da poter concretamente portare un beneficio, per intensità e modalità, alla concorrenza.

L'aspetto fondamentale nei casi suesposti è che viene meno il rapporto di fiducia intercorrente tra la società e la persona che ne deve curare gli interessi, per cui risulta fondamentale tutelare in concreto il rapporto fiduciario che intercorre tra l'amministratore e la società. Il rapporto potrà così essere compromesso solo nel momento in cui l'amministratore compia atti di concorrenza sleale verso la società, e solo nel momento in cui fosse portatore di interessi personali ed in contrasto con quelli della società.

I soggetti sensibili a tale disciplina sono:

- gli amministratori della società per azioni, senza distinzione alcuna tra gli amministratori delegati, i membri del comitato direttivo / esecutivo o i semplici consiglieri. Il divieto si applica anche agli amministratori delle cooperative, delle società a responsabilità limitata, nonché a quelli delle società in accomandita per azioni. Si sottolinea che nessuna differenza esiste tra amministratore delegato e gli altri membri del board. Tutti i membri del consiglio sono considerati in identica posizione.
- i c.d. amministratori di fatto in quanto, si ritiene, che la maggior parte degli obblighi previsti dalla legge per gli amministratori sono regole che disciplinano il corretto svolgimento dell'attività di gestione della società, indipendentemente dalla qualifica formale del soggetto che pone in essere l'attività.

Nell'esercizio dell'attività di gestione gli amministratori vengono inevitabilmente a conoscenza di notizie riservate, oltre a proporre ed anche decidere su determinate operazioni strategiche.

Il divieto di concorrenza ex art. 2390 c.c. può essere esteso al caso in cui l'amministratore di una società assuma una carica in altra società concorrente? Secondo illustri autori si tende a far rientrare le ipotesi di unioni personali tra società nell'art. 2390 c.c. dove la norma esplicitamente parla di "divieto di svolgere attività concorrente per conto di terzi". Il dibattito è acceso e le conclusioni sono diametralmente opposte per giungere anche a valutazioni intermedie secondo le quali il cumulo delle cariche rientra nell'art. 2390 c.c. ma solo nel caso in cui l'amministratore svolga direttamente l'attività di gestione.

E' necessario, in ogni caso, svolgere un'analisi approfondita delle attività esercitate dalle società interessate con particolare riguardo alle attività che vengono effettivamente svolte.



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

La violazione dell'art. 2390 rappresenta un inadempimento dei doveri degli amministratori denunciabile ex art. 2409, sempre che l'attività non sia stata preventivamente approvata e successivamente ratificata dall'assemblea dei soci.

La Giurisprudenza ultimamente ha recepito le osservazioni evidenziate, tant'è che il Tribunale di Firenze, si è pronunciato in questi termini: "il fondato sospetto in relazione al compimento da parte degli amministratori di attività in concorrenza e di atti in conflitto di interessi è indice di gravi irregolarità e giustifica l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2409 c.c."

Dalla lettura dell'art. 2390 c.c. si evince che il divieto di non concorrenza può essere rimosso in favore dell'amministratore, e tale potere è concesso all'assemblea dei soci in sede "ordinaria", salvo diversa previsione statutaria. La delibera dovrebbe avvenire prima che l'amministratore incorra nell'ipotesi di divieto, ovvero all'atto di nomina, quanto l'attività concorrente è pregressa; in questo caso la dottrina ritiene che si potrebbe comunque ammettere l'efficacia di un'autorizzazione successiva riconoscendo in essa una ratifica della precedente posizione irregolare o una rinuncia alle sanzioni che la legge ricollega alla violazione del divieto in esame. Nel dibattito dottrinale pare, comunque, difficile sostenere il rilascio di un'autorizzazione implicita da parte dell'assemblea in conseguenza della preesistente attività concorrenziale alla nomina di amministratore; ciò in base al principio secondo cui l'assemblea deve essere compiutamente informata delle attività concorrenziali esercitate dal nominando amministratore e dalla volontà di quest'ultimo di continuarne il proprio operato. Solo in questo caso si potrebbe sostenere che la delibera assembleare di nomina dell'amministratore, nonostante la situazione di incompatibilità, contiene comunque la volontà di accordare all'amministratore la possibilità di operare in tal modo, in deroga al divieto di cui all'art. 2390 c.c.. Quando l'autorizzazione è implicita nell'atto di nomina dell'amministratore il suo contenuto dovrà ritenersi limitato alle sole attività concorrenti delle quali l'assemblea sia stata validamente e compiutamente informata.

L'autorizzazione, salvo che la delibera non indichi una facoltà di revoca si intende concessa per la durata del rapporto (mandato) e non è revocabile.

La giurisprudenza ritiene ammissibili le clausole statutarie che impongano l'esclusione del divieto di concorrenza poiché tale previsione statutaria riduce, ma non esclude, la possibilità di revoca dell'autorizzazione.

L'inosservanza del divieto di concorrenza da parte dell'amministratore può generare conseguenze a proprio carico tra cui la revoca d'ufficio (come giusta causa) e risarcimento del danno come previsto dall'art. 2390 c.2 del codice civile. Più difficile appare l'applicabilità della sanzione legata al risarcimento del danno. In dottrina si è ricorsi all'applicabilità dell'art. 1226 attraverso la valutazione equitativa. La difficoltà sta nel fatto che tale tipo di liquidazione



**ODCEC PISA**

*Commissione studio – Diritto Societario*

presuppone almeno la prova dell'esistenza del danno stesso benché non sia possibile determinare il preciso ammontare. La dottrina preferisce far riferimento a concetti già elaborati nel caso di prova del danno da concorrenza sleale. Il pregiudizio che il soggetto leso deve dimostrare di aver subito consiste nell'identificazione del danno e della causalità con l'atto di concorrenza.



### **Capitolo 3**

#### ***L'organo di controllo in caso di perdita del capitale, di crisi e di insolvenza***

Alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione (si veda ad es. la sentenza 14 ottobre 2013, n. 23233) hanno riconosciuto, nel caso di fallimento della società, la responsabilità civile del collegio sindacale per non aver adeguatamente compiuto il proprio dovere. La responsabilità dei sindaci, ed in particolare quella per omesso controllo, è strettamente collegata alla definizione dei confini dei loro doveri e dei loro poteri. In base a questa evidenza, è opportuno riepilogare i doveri/poteri dei sindaci prescritti dalla normativa civilistica e, successivamente, analizzare quali cautele possono essere adottate dall'organo di controllo in situazioni di crisi d'impresa, al fine di evitare possibili profili di responsabilità.

#### **a) Poteri/doveri del Collegio Sindacale e del Revisore**

##### **\* Doveri**

L'organo di controllo di una società ha il compito principale di verificare che gli amministratori non compiano operazioni estranee all'oggetto sociale o in conflitto d'interessi con la società, e che le loro scelte gestionali non risultino manifestamente imprudenti, palesemente azzardate, pregiudizievoli, o comunque tali da compromettere l'integrità del patrimonio sociale.

In particolare, il collegio sindacale deve vigilare su:

- osservanza della legge e dello statuto;
- rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento (art. 2403 c.c.).

Nelle società c.d. "chiuse", e che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, lo statuto può attribuire al collegio sindacale anche la funzione di controllo contabile, altrimenti affidata ad un revisore esterno o ad una società di revisione (art. 2409-bis c.c.).

Il collegio sindacale deve comunque presentare ai soci una relazione di accompagnamento al bilancio, all'interno della quale, tra l'altro, deve formulare sullo stesso le proprie osservazioni, con particolare riguardo all'eventuale esercizio di deroghe ai principi di redazione o dei criteri di valutazione, ed effettuare le proprie proposte in ordine alla sua approvazione (art. 2429 c.c.).

Nelle società emittenti il collegio sindacale, oltre a vigilare sull'osservanza di legge e atto costitutivo e sui principi di corretta amministrazione, vigila su:



- 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 i fatti di gestione;
- modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati (v. Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana) o da associazioni di categoria a cui la società, mediante informativa al pubblico, ha dichiarato di attenersi (introdotto dalla l. 262/2005);
- adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle controllate in relazione agli obblighi di comunicazione al mercato delle informazioni privilegiate ex art. 114 TUF (art. 149 TUF).

#### \* **Poteri**

Al fine di poter adempiere diligentemente ai doveri sopra elencati, l'organo di controllo è investito dei poteri di seguito sinteticamente descritti.

- Potere individuale di ispezione e controllo della contabilità sociale
- Potere di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento della gestione o di affari determinati, anche con riferimento a società controllate
- Potere di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate sui sistemi di gestione e controllo e sull'andamento dell'attività sociale
- Potere di convocare l'assemblea ove ravvisi fatti di rilevante gravità nella gestione e vi sia urgenza di provvedere (art. 2406 c.c.)
- Potere di denuncia al tribunale nel caso di gravi irregolarità nella gestione commesse dagli amministratori (art. 2409 c.c.)
- Potere di esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, con deliberazione assunta con il voto favorevole di 2/3 dei membri (art. 2393 c.c., comma 3, introdotto dalla l. 262/2005)

Il mancato esercizio di uno dei poteri loro attribuiti laddove la dovuta diligenza lo avrebbe richiesto, può essere fonte di responsabilità per i sindaci.

#### **b) Diligenza del Collegio Sindacale e del revisore**

L'esistenza di ambiti in cui tanto l'individuazione dell'oggetto di controllo quanto l'ampiezza della vigilanza dei sindaci sono particolarmente difficili (ad es. la materia contabile dove i sindaci non sono incaricati della revisione legale), amplifica le possibili fonti di responsabilità, e



consiglia pertanto speciale cautela nell'esercizio delle funzioni. Per evitare responsabilità ciascuno di essi dovrà "comportarsi come un avveduto controllore ed applicare, là dove manchino disposizioni di legge, le norme di comportamento proprie della professione svolta, in relazione alle funzioni concretamente esercitate, così come elaborate, ad esempio, dagli ordini professionali"<sup>37</sup>

*Le norme di comportamento del collegio sindacale nella crisi d'impresa*

Come sopra accennato, il ruolo del collegio sindacale nella crisi d'impresa è stato recentemente codificato dal CNDCEC attraverso l'emanazione delle nuove «Norme di comportamento del collegio sindacale» ed in particolare della norma n. 11, titolata «Attività del collegio sindacale nella crisi d'impresa<sup>38</sup>».

Con specifico riferimento alla gestione della crisi tramite strumenti alternativi al fallimento, tale norma si focalizza sui seguenti aspetti della vigilanza:

1) prevenzione ed emersione della crisi, in punto di monitoraggio del *going concern* ed attuazione da parte degli amministratori delle misure idonee a garantirne la permanenza (norma 11.1), interventi volti a far emergere la crisi in caso di inerzia degli amministratori (norma 11.2);

2) utilizzo, in caso di conclamata crisi, degli strumenti di risanamento, quindi piano attestato (norma 11.3), accordi di ristrutturazione dei debiti (norma 11.4), concordato con riserva ex art.161,co. 6 l.f. (norma 11.5), concordato preventivo ex art.160 l.f. (norma 11.6), anche nella forma del concordato con continuità ex art. 186-*bis* l.f. (norma 11.7) con eventuale richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti o pagamento di crediti anteriori ex art. 182 *quinquies* l.f.

La corretta ed efficace applicazione della Norma di comportamento n. 11 richiede al collegio l'approfondita conoscenza del diritto della crisi d'impresa, degli standard per l'utilizzo degli strumenti di risanamento, in particolare degli strumenti per il monitoraggio del *going concern* (principio di revisione n. 570), dei principi contabili in tema di crisi d'impresa (OIC 5 e 6), nonché della specifica prassi in tema di redazione (ed attestazione) dei piani nell'ambito delle varie soluzioni anti crisi alternative al fallimento.

*Prevenzione ed emersione della crisi (norma 11.1.)*

La norma stabilisce che «*Il collegio sindacale, ..., vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi...risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in*

---

<sup>37</sup> Tribunale Milano Sentenza n 11586 del 01 ottobre 2011;

<sup>38</sup> Norme di Comportamento del Collegio Sindacale – Settembre 2015;



*funzionamento. Il collegio sindacale può chiedere chiarimenti all'organo di amministrazione e, se del caso, sollecitare lo stesso ad adottare opportuni provvedimenti».*

Tale principio, finalizzato a prevenire ovvero a far emergere la crisi, individua due piani di intervento del collegio sindacale:

- un controllo costante sul mantenimento della continuità aziendale, nell'ottica della prevenzione e della pronta emersione della crisi;
- un monitoraggio sulle attività svolte dagli amministratori per garantire tale continuità aziendale.

Operativamente, il collegio sindacale è tenuto ad effettuare controlli e ispezioni tanto più mirate quanto più evidenti sono i segnali della crisi, questi ultimi rilevabili essenzialmente nell'ambito:

- della vigilanza ex art. 2403, c.c. «sull'osservanza della legge e dello statuto», sul «rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» e, di conseguenza, dalle specifiche notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari richieste agli amministratori ai sensi dell'art. 2403-bis, comma 2, c.c. e secondo la norma di comportamento n. 5.2.;
- dell'interazione con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti (ove presente), con il quale formalizzare lo scambio di informazioni, secondo le indicazioni della norma di comportamento 5.3 (espressamente richiamata).

#### Segnalazione all'assemblea e denuncia al Tribunale (norma 11.2.)

In base a tale norma «*Nel caso in cui gli amministratori omettano l'adozione di opportuni provvedimenti, il collegio sindacale può convocare l'assemblea ai sensi dell'art. 2406 c.c.*», e «*Nei casi in cui il ricorso all'assemblea non abbia avuto luogo o i suoi esiti non siano ritenuti adeguati il collegio sindacale, qualora la condotta degli amministratori integri anche i presupposti di gravi irregolarità, ove consentito dalla legge, può proporre la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*».

L'inerzia o non adeguato intervento degli amministratori rispetto alle indicazioni rese dal collegio sindacale, impongono, dunque, a tale organo di attivare i necessari poteri reattivi, ed in particolare:

- convocare l'assemblea ex art. 2406 c.c., per informarla, sia dell'inerzia degli amministratori, sia dello stato di crisi, prestando particolare attenzione nell'evidenziare i fatti ritenuti rilevanti;





- proporre denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c., qualora l'assemblea, pur essendo stata convocata non abbia luogo o non prenda i provvedimenti opportuni, e la condotta degli amministratori abbia integrato una fattispecie di gravi irregolarità di gestione.

La denuncia al tribunale può scattare anche quando, di fronte alla necessità di ricostituire il capitale perduto (ex artt. 2446, 2447 e 2482 ter c.c.), l'assemblea ometta di adottare gli opportuni provvedimenti (riduzione del capitale, ricapitalizzazione, trasformazione ovvero scioglimento). In presenza di cause di scioglimento non tempestivamente accertate da parte degli amministratori, inoltre, è potere-dovere del collegio sindacale presentare la relativa istanza al Tribunale affinché venga accertata la causa di scioglimento, secondo quanto previsto dalla norma di comportamento n. 10.9. Tali reazioni, come si vedrà in seguito, possono essere, invero, sospese e/o attenuate ai sensi del nuovo articolo 182 *sexies* della Legge Fallimentare.

#### *Vigilanza in caso di adozione di un piano attestato di risanamento (Norma 11.3.)*

Secondo tale principio, il collegio sindacale deve vigilare:

- che il professionista attestatore «sia in possesso dei requisiti di professionalità» richiesti per la sua nomina e che il contenuto formale dell'attestazione sia conforme a quanto richiesto dalla legge;
- sulla corretta «esecuzione del piano da parte degli amministratori».

Pur non essendo tenuto ad entrare nel merito del piano, il collegio sindacale deve, in particolare, vigilare nella fase esecutiva del risanamento, sulla corretta esecuzione del piano e, dunque, deve richiedere informazioni agli amministratori in merito a contenuti, scadenze ed obiettivi ivi indicati, intervenendo (o, sussistendone i presupposti, convocando l'assemblea) laddove rilevi significativi scostamenti rispetto alle previsioni del piano, oppure non riceva chiarimenti da parte degli amministratori. Come richiesto dalle “Linee guida al finanziamento delle imprese in crisi” (emanate nel 2010 e redatta da Università degli Studi di Firenze in collaborazione con Assonime ed il CNDCEC), in caso di significativi scostamenti dal piano attestato o in caso di incapacità di raggiungerne gli obiettivi, il collegio sindacale deve richiedere all'organo amministrativo di predisporre un nuovo piano di risanamento da sottoporre a nuova attestazione.

#### *Vigilanza in caso di adozione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (norma 11.4.)*

Anche in tale caso, il Collegio sindacale deve vigilare:



- sulla corretta scelta del professionista attestatore, sotto il profilo del «possesso dei requisiti di professionalità» per l'assunzione dell'incarico e che il contenuto formale dell'attestazione sia conforme a quanto richiesto dalla legge;
- sul possesso dei requisiti richiesti al professionista incaricato dalla società a depositare una proposta di accordo ai sensi dell'art.182 bis l.f. ;
- «dopo l'omologazione da parte del tribunale (...) sulla corretta esecuzione dell'accordo da parte degli amministratori».

In particolare il collegio sindacale deve verificare il rispetto degli adempimenti formali necessari all'omologa e sul rispetto dei requisiti di pubblicità legale dell'accordo. Intervenuta l'omologa, il collegio deve vigilare sulla puntuale esecuzione dell'accordo, richiedendo informazioni agli amministratori e focalizzando il controllo sia sul regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo, sia sulla puntuale esecuzione da parte degli amministratori delle soluzioni indicate nell'accordo di ristrutturazione.

Laddove durante le ispezioni il collegio rilevi significativi scostamenti rispetto alle previsioni dell'accordo, esso può chiedere chiarimenti agli amministratori e può convocare, qualora i chiarimenti richiesti fossero mancanti o insufficienti, l'assemblea dei soci al fine di comunicare tale circostanze. Il principio in esame auspica, altresì, che «il collegio sindacale raccomandi il rispetto delle indicazioni contenute nelle Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi emanate dal Consiglio Nazionale».

#### *Vigilanza del collegio sindacale in caso di concordato con riserva (norma 11.5)*

Il collegio sindacale vigila ai sensi dell'art.2403 c.c. . Vigila altresì sul rispetto dei presupposti di legge nel caso in cui , a seguito del deposito del ricorso contenete domanda di concordato con riserva , la società depositi domanda di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art.182 bis l.f. .

#### *Vigilanza del collegio sindacale in caso di concordato preventivo (norma 11.6)*

Nel caso in oggetto, la norma prevede che il collegio:

- «vigila che il professionista incaricato di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano sia in possesso dei requisiti di professionalità» richiesti per la sua nomina;
- Vigila in relazione alla conformità formale alla legge del contenuto dell'attestazione del professionista;



- «In caso di ammissione alla procedura (...) e anche successivamente alla omologazione (...) continua a svolgere le funzioni ad esso attribuite dalla legge».

Come per il piano attestato di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti, il collegio sindacale, nella fase prodromica, verifica la sussistenza dei requisiti di professionalità dell'attestatore incaricato dalla società.

Durante l'esecuzione del concordato, l'organo di controllo permane nelle sue funzioni e prosegue nella propria attività di vigilanza. Si tratta tuttavia, di una vigilanza attenuata, poiché il controllo nel concordato nella fase esecutiva (ed in generale a partire dall'ammissione dello stesso) è funzione legalmente attribuita al commissario giudiziale.

#### *L'impatto delle novità in tema di going concern sul controllo del collegio sindacale*

L'applicazione della Norma di comportamento n. 11 va attentamente verificata alla luce delle modifiche apportate dal DL 83/2012 e del DL 83/2015 agli strumenti anti crisi alternativi al fallimento.

#### *Requisiti per la nomina dell'attestatore*

Innanzitutto i chiarimenti forniti dal testo di legge in ordine ai requisiti di indipendenza del professionista attestatore (applicabili a tutte le relazioni attestatrici richieste dalla legge fallimentare e frutto del recepimento della prassi operativa), impongono una maggiore attenzione da parte dell'organo di controllo, il quale deve verificare il puntuale rispetto degli standard di indipendenza dell'attestatore (figura professionale che la novella ha chiarito essere designata dal debitore).

Inoltre, ancorché la norma di comportamento n. 11 non lo preveda, il collegio sindacale si ritiene debba valutare anche l'adeguatezza delle competenze tecniche e della struttura organizzativa di cui è dotato il professionista attestatore, basandosi sulla proposta formulata dal revisore legale nominato ai fini del rilascio del giudizio di attestazione (un po' come accade per il giudizio di adeguatezza espresso dal collegio sindacale per il revisore nominato dall'assemblea).

La valutazione dovrebbe essere svolta nel corso del lavoro di predisposizione del piano (che la novella ora considera requisito necessario e comune a tutti gli istituti negoziali di superamento della crisi), in riferimento anche all'attività dell'*advisor* nominato dalla società, non potendo ritenersi del tutto esente da responsabilità l'organo di controllo che non vigili sull'adeguatezza del lavoro. Ma la valutazione di adeguatezza del lavoro impone al collegio sindacale di verificare - pur senza dover entrare nel merito – anche la correttezza formale dell'attestazione e del giudizio in essa contenuto, il quale deve (ora) riguardare (come precisato dalla novella) i due ambiti della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano (idoneità in caso di accordi di ristrutturazione).



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

#### Piano attestato di risanamento

Rispetto alle innovazioni sostanziali introdotte dal DL 83/2012, non si registrano particolari ricadute operative sull'attività di controllo del collegio sindacale. Sotto il profilo formale, tuttavia, occorre prestare attenzione alla facoltà (ora prevista) di chiedere la pubblicazione del piano, a cura del debitore, nel registro delle imprese. Tale facoltà pubblicitaria diventa un onere per il debitore laddove questi voglia conseguire specifici vantaggi fiscali, in termini di parziale non tassazione delle sopravvenienze attive da riduzioni di debiti realizzate in funzione della procedura, che la novella (attraverso la modifica del testo unico delle imposte sui redditi) riconosce soltanto se il piano attestato è pubblicato nel registro delle imprese. Il collegio sindacale, pertanto, nell'analisi del piano (e dei dati prospettici economico-finanziari) dovrà verificare che - in caso di riduzione di debiti - il piano contempra anche la connessa variabile fiscale qualora non sia stata prevista ed effettuata la pubblicazione del piano del registro delle imprese.

#### Accordi di ristrutturazione di debiti

Il collegio sindacale, anche se non è tenuto ad esprimersi sul merito, deve prendere conoscenza dell'accordo di ristrutturazione dei debiti predisposto dall'organo amministrativo e svolgere una funzione di vigilanza, quest'ultima riferita alla fase prodromica ed alla fase esecutiva degli accordi. Valgono anche qui le considerazioni svolte per il piano attestato di risanamento.

In particolare:

(i) nella fase prodromica, sia con riferimento alla richiesta di pre-accordo (istanza cautelare ex art. 182 bis, comma 6, legge fallimentare), sia con riferimento alla richiesta di omologazione dell'accordo definitivo, il controllo deve riguardare la sussistenza delle formalità necessarie alla presentazione delle istanze ed al corretto svolgimento dei rispettivi iter procedurali, affinché eventuali errori non pregiudichino la gestione e la continuità aziendale, o peggio rendano del tutto inutili le iniziative per evitare il fallimento;

(ii) nella fase esecutiva dell'accordo omologato, il collegio sindacale - alla luce delle precisazioni e novità introdotte col DL 83/2012- deve verificare il rispetto dei requisiti di attuabilità dell'accordo, ovvero il pagamento integrale dei creditori estranei «a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data di omologazione».

#### Concordato preventivo

Le novità introdotte in tema di concordato preventivo richiedono che il collegio sindacale, oltre a vigilare sulla sussistenza dei requisiti di professionalità ed adeguatezza dell'attestatore e dell'*advisor*, verifichi:



- che il ricorso per l'ammissione alla proposta di concordato ex art. 161, comma 2, possieda i requisiti formali-documentali richiesti dalla legge e che, in particolare, sia corredato da «un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta»;

- «nel caso di modifiche sostanziali della proposta e del piano», che il professionista attestatore designato dal debitore rediga una nuova relazione di attestazione;

- in caso di deposito di domanda di concordato «in bianco» (ex art. 161, comma 6), che innanzitutto non sussistano requisiti di inammissibilità della domanda e che la proposta sia regolare dal punto di vista formale e quindi contenga l'allegazione (come richiesto dalla novella) dei «bilanci relativi agli ultimi tre esercizi».

Il collegio sindacale dovrà, inoltre, monitorare che il ricorso, una volta accettato, venga integrato con tutta la documentazione legalmente prevista (dal sopra richiamato comma 2) nei termini assegnati dal tribunale, ovvero convertito (sempre nei suddetti termini assegnati) in proposta di accordo di ristrutturazione di debiti, procedendo in tal caso alla verifica dei requisiti di regolarità formale-documentale dell'accordo di ristrutturazione. Il collegio sindacale, inoltre, dovrà monitorare che il debitore - una volta decretato l'accoglimento della domanda di concordato in bianco - effettui regolarmente e correttamente «gli obblighi di informativa periodica, anche relativi alla gestione finanziaria, che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato» dal tribunale.

- nel caso particolare di «proposta di concordato con continuità aziendale» (ai sensi del nuovo art. 186 bis), che la domanda sia conforme ai requisiti formali richiesti dalla legge e che, preliminarmente, sussistano nel piano i presupposti oggettivi previsti dal comma 1, ovvero «la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione».

Il collegio deve, altresì, verificare i requisiti formali richiesti della relazione di attestazione, la quale deve contenere il giudizio sulla funzionalità della prosecuzione dell'attività al miglior soddisfacimento dei creditori. In particolare l'attestazione, sempre sotto il profilo formale (escludendo un controllo di merito del collegio sindacale), deve avere specifici requisiti (in termini di oggetto del giudizio), nel caso di prosecuzione di contratti pubblici (comma 3), partecipazione a nuovi contratti pubblici (comma 4), anche in ATI (comma 5), ovvero laddove la proposta del debitore (anche nella forma di concordato «in bianco») preveda la richiesta di autorizzazione a pagare crediti antergrati per prestazioni e/o consegne di beni funzionali alla tutela del *going concern* (nuovo art. 182 *quinques*, comma 4), salvo che il pagamento preferenziale avvenga con denari estranei al patrimonio aziendale (in tal caso l'attestazione sul punto non è necessaria e, pertanto, non deve essere pretesa dal collegio sindacale).



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

Ebbene, in tali nuove fattispecie, il collegio sindacale deve verificare (in quanto attività rientrante nel controllo della fase «prodromica» al corretto utilizzo dello strumento anti crisi prescelto) la rispondenza formale della proposta di concordato e dell'attestazioni ai requisiti richiesti dalla legge.

#### *Disposizioni in tema di finanziamenti prededucibilità e continuità aziendale, comuni ad accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*

Alla possibilità per il debitore di richiedere autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili nell'ambito di una proposta di concordato preventivo (anche «in bianco») o di una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione (nuovo art. 182 *quinques*) la novella ricollega l'obbligo di predisporre specifica attestazione (in termini di verifica di funzionalità dei nuovi finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori), i cui contenuti formali devono, pertanto, essere oggetto di preventivo controllo da parte del collegio sindacale.

#### *Sospensione degli obblighi di riduzione o perdita del capitale*

Ai sensi del nuovo art. 182 *sexies*, qualora l'impresa in crisi depositi una domanda di concordato preventivo (anche «in bianco»), ovvero una richiesta di omologa di accordo di ristrutturazione (anche istanza cautelare ex art. 182 *bis*, comma 6), dalla data di presentazione dell'istanza e sino all'omologa è sospesa l'applicazione delle disposizioni del codice civile in tema di riduzione del capitale, nonché in caso di perdite totale del patrimonio, e di accertamento dello scioglimento della società. Tale sospensione, tuttavia, non esclude la responsabilità personale e solidale cui sono esposti gli amministratori ex art. 2486 del codice civile, che pertanto continua ad operare relativamente ai danni arrecati a società, soci e creditori per gli atti posti in essere - nel periodo anteriore al deposito delle domande - in violazione dell'obbligo di gestione «conservativa» del patrimonio al verificarsi della causa di scioglimento.

Il nuovo regime sospensivo non determina anche l'automatica sospensione del dovere di vigilanza (e dei poteri di verifica/reazione) da parte del collegio sindacale<sup>39</sup>.

In particolare ed operativamente, si ritiene che:

1) le riferite modifiche normative non possano incidere sull'obbligo di verifica della permanenza del *going concern*: tale verifica, infatti, prescinde dall'esistenza di una norma speciale che consenta di derogare agli obblighi civilistici posti a tutela dell'integrità del capitale, e va sempre effettuata in quanto la constatazione della perdita (irreversibile) del *going concern* preclude

---

<sup>39</sup> Vds. Norme di comportamento n. 10.2 - «riduzione del capitale» e n. 10.9 - «scioglimento e liquidazione», quest'ultima espressamente richiamata dalla norma di comportamento n. 11.2



l'accesso a proposte di risanamento ed in continuità (ed in tal senso il collegio sindacale deve avere un ruolo «attivo»);

2) ciò posto, nel caso di perdita rilevante del capitale, la sospensione delle tutele civilistiche è percorribile a condizione che l'impresa in crisi acceda senza indugio ad uno strumento di risanamento.

A tal fine, il collegio sindacale ha il dovere di verificare che l'organo amministrativo convochi i soci, in tempi assai ristretti, per formalizzare l'immediato accesso ad uno strumento anti crisi, la nomina degli *advisor* e dell'attestatore, e la pianificazione degli steps per il risanamento (anche nella forma di domanda di concordato «in bianco»). Laddove tale volontà non si manifesti e i detti provvedimenti vengono omessi e/o ingiustificatamente ritardati, il collegio sindacale deve operare secondo le ordinarie norme di comportamento e, quindi, sollecitare - a seconda dei casi - gli adempimenti e l'informativa ex artt. 2446, 2482 bis, 2447, 2482 ter, nonché provocare l'accertamento della causa di scioglimento.

**c) Interventi in sede di redazione del bilancio di esercizio e vigilanza sul presupposto della continuità aziendale e bilancio di esercizio**

Nel corso degli ultimi anni, la situazione generalizzata di crisi economica che ha coinvolto tutto il sistema delle imprese a livello nazionale ed internazionale, ha posto con sempre maggior forza all'attenzione dei redattori, dei controllori e degli utilizzatori dei bilanci, la problematica della c.d. continuità aziendale.

La continuità aziendale è infatti il principio base previsto dal codice civile per la redazione del bilancio di esercizio delle imprese in funzionamento. L'art. 2423-bis del codice civile dispone, infatti, che “... *la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività ...*”.

Il venir meno del presupposto della continuità aziendale comporta che il bilancio non possa più essere redatto seguendo i principi di funzionamento, ma debba essere stilato applicando i criteri di liquidazione, ossia di realizzo delle attività ed estinzione delle passività.

In tali circostanze si rilevano alcune differenze tra quanto previsto dai principi contabili italiani rispetto a quelli internazionali.

Infatti mentre i primi non fanno un esplicito riferimento al principio della continuità aziendale e non indicano chiaramente quali siano le verifiche che gli amministratori devono fare e come debbano darne corretta informativa nel bilancio e nella relazione sulla gestione, i principi contabili internazionali, ed in particolare lo IAS1, affermano che “*nella fase di preparazione del*





*bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'impresa di continuare a operare come una entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'impresa o interrompere l'attività o non abbia alternative realistiche a fare ciò. Se la direzione aziendale sia a conoscenza, nel fare le proprie valutazioni, di significative incertezze relative ad eventi o condizioni che possano comportare l'insorgere di seri dubbi in proposito, deve evidenziare tali incertezze*"

Come si vede pertanto viene richiesta obbligatoriamente agli amministratori una valutazione della capacità dell'impresa di continuare l'attività in funzionamento in base a tutti gli elementi a disposizione con esplicita informativa di bilancio.

### **Norme di Comportamento del Collegio Sindacale e Principi di Revisione**

Mentre per quanto riguarda l'attività di vigilanza svolta dal collegio sindacale, di cui all'art.2403 c.c., il riferimento è alle Norme di comportamento del Collegio Sindacale emanate dal CNDCEC, in relazione all'attività svolta dal revisore legale di cui al Dlgs.39/2010 il richiamo è ai principi di revisione nazionali e precisamente al n.570 relativo alla continuità aziendale.

Già nel 2009 Consob, Isvap e Banca d'Italia avevano emanato congiuntamente un documento con il quale si sottolineava la rilevanza del principio della continuità<sup>40</sup>; talché è di tutta evidenza come interessati ad una valutazione degli aspetti connessi alla continuità aziendale in funzione della prevenzione o dell'accertamento di situazioni di crisi dell'impresa siano :

- 1) Gli amministratori
- 2) I soggetti preposti all'attività di controllo: Collegio Sindacale e Revisore Contabile

Gli amministratori sono i soggetti primari che devono dare prova dell'esistenza del presupposto della continuità aziendale. Tale prova viene fornita tramite la relazione sulle gestione e la nota integrativa al bilancio.

Nella relazione sulla gestione gli amministratori devono dare al lettore una "visione" in merito agli aspetti futuri della gestione aziendale.

In tal senso dovranno considerare preliminarmente una vasta gamma di fattori quali :

Redditività del business
Redditività prospettica
Capacità di rimborsare i debiti a breve ed a medio termine
Fonti di finanziamento alternative

<sup>40</sup> Documento Banca d'Italia/Consob/Isvap n. 2 del 6 febbraio 2009



Gli amministratori, in ragione della loro funzione all'interno dell'azienda, sono in grado di avere tutte le informazioni relative all'impresa, alle caratteristiche dell'attività esercitata, all'organizzazione ed alla situazione del mercato. Tali circostanze “dovrebbero” consentire agli stessi di poter utilmente valutare la persistenza o meno del requisito della continuità aziendale.

Dalla suddetta valutazione discendono le due alternative che si pongono agli amministratori:

PRESUPPOSTO DELLA CONTINUITA' AZIENDALE	
VERIFICATO	NON VERIFICATO
Le voci di bilancio saranno contabilizzate secondo i contenuti di cui alla sez.IX Capo IV del Codice Civile	Le valutazioni e le classificazioni di bilancio saranno eseguite secondo i criteri di liquidazione di cui agli art.2490 c.c. e seguenti ed al principio contabile OIC n.5 – Bilanci di liquidazione

In conseguenza della suddetta verifica relativa al presupposto della continuità aziendale , gli amministratori dovranno dare una adeguata informativa in bilancio e adottare le iniziative conseguenti.

In questo contesto il collegio sindacale riveste una funzione fondamentale in relazione all'attività di accertamento e prevenzione della crisi d'impresa<sup>41</sup>. In tutte le società, ed in particolare in quelle maggiormente strutturate , il collegio sindacale è al vertice del sistema dei controlli.

Si pensi ai casi in cui la società sia dotata di una funzione di *internal audit* e/o di ispettorato oltre alla società di revisione incaricata del controllo contabile.

Il collegio sindacale è il soggetto coordinatore e controllore anche di queste funzioni, circa la correttezza delle procedure adottate e la conformità delle stesse rispetto alle normative vigenti.

Tale compito si sostanzia nella verifica della conformità delle scelte gestionali ai generali criteri di razionalità economica, senza entrare nel merito dell'opportunità gestionale delle scelte effettuate dall'organo amministrativo. I sindaci devono inoltre verificare che gli amministratori non abbiano trascurato di fornire tutte le informazioni necessarie e sufficienti in merito alle operazioni effettuate ed abbiano posto in essere tutte le cautele e le verifiche preventive normalmente richieste per le scelte da loro perseguite, operate nelle determinate circostanze e secondo determinate modalità. Inoltre, il Collegio Sindacale o il Sindaco Unico devono verificare che le scelte siano congrue, ragionevoli e compatibili con le risorse ed il patrimonio di cui dispone la società. In particolare devono vigilare sugli atti e le deliberazioni palesemente pregiudizievoli e in grado di mettere in dubbio la continuità aziendale.

<sup>41</sup> In tal senso è interessante rilevare anche l'efficacia della presenza del collegio sindacale nelle società di capitali come evidenziato dallo studio pubblicato dalla Fondazione Aristeia nel 2007 in collaborazione con IRDC , Fallimenti e Collegio Sindacale.



## ODCEC PISA

### Commissione studio – Diritto Societario

Il Collegio Sindacale o il Sindaco Unico, nell'ambito dell'attività di vigilanza, sono tenuti quindi a monitorare costantemente l'esistenza del presupposto della continuità aziendale e a comunicare agli amministratori la presenza di fatti idonei a pregiudicarlo, esprimendo di conseguenza un chiaro invito a porvi rimedio.

E' evidente come tale attività non possa essere limitata alle sole verifiche dell'informativa di bilancio ma debba altresì essere sistematicamente inserita in tutta l'attività che costantemente il collegio è chiamato a svolgere nel corso dell'esercizio.

In tal senso deve essere ritenuta altamente significativa l'analisi di tutta la documentazione che durante l'esercizio viene presentata in occasione dei vari consigli di amministrazione e la congruità e la adeguatezza della stessa rispetto alle delibere da adottare.

Tale attività inoltre deve essere supportata dall'informativa che costantemente intercorre con il soggetto incaricato del controllo contabile. Anzi, il collegio sindacale può svolgere anche attività di indirizzo rispetto all'attività di controllo contabile, invitando il revisore o la società di revisione ad approfondire l'attività di controllo in determinate aree piuttosto che in altre.

Sulla base di tali elementi il Collegio Sindacale o il Sindaco Unico devono concludere se vi sia o meno un'incertezza significativa riguardo alla capacità dell'impresa di continuare ad operare in un orizzonte temporale in linea con i piani strategici interni della società.

Parzialmente diversa è l'ottica con la quale il Revisore contabile (o il Collegio sindacale investito di questa funzione) affronta la problematica del presupposto della continuità aziendale.

Questo perché come esplicitato dall'art. 2409 ter c.c. , l'attività di questo organo avviene *ex post* e, anche se il lavoro del revisore ha come completamento finale l'emissione di un "giudizio", ciò avviene sulla base di decisioni e documenti ormai consolidati.

<b>2409 ter FUNZIONI DI CONTROLLO CONTABILE IL REVISORE CONTABILE</b>	
<b>VERIFICA</b>	1) Regolare tenuta della contabilità
	2) Conformità del bilancio alle scritture contabili, agli accertamenti eseguiti, alle norme che li disciplinano
<b>ESPRIME</b>	1) Un giudizio sul bilancio -----> con apposita relazione
<b>Contenuto della Relazione</b>	1) Identificazione del bilancio e quadro delle regole applicate dalla società 2) Descrizione della portata della revisione e principi di revisione adottati 3) Giudizio sul bilancio
<b>IL GIUDIZIO</b>	1) Di conformità sul bilancio 2) eventuali richiami d'informativa 3) relativo alla coerenza tra relazione e bilancio 4) <u>motivi della decisione in caso di</u> : 4.1) giudizio con rilievi 4.2) giudizio negativo 4.3) impossibilità di esprimere un giudizio

Ovviamente, come risulta dallo schema sopra esposto, il giudizio finale espresso al termine dell'attività di revisione è anche il frutto di tutto il lavoro che nel corso dell'esercizio è stato attuato



in relazione alla verifica della corretta rilevazione contabile dei fatti di gestione, all'adeguatezza del sistema informativo interno e di quello contabile, ed alle azioni eventualmente intraprese dall'organo di controllo.

Se il lavoro programmato dal collegio sindacale è stato attuato nel corso dell'esercizio in maniera puntuale e sistematica, l'emersione della problematica connessa alla continuità aziendale prescinde dalla fase di redazione del bilancio di esercizio, trattandosi di un aspetto che i sindaci dovrebbero aver già rilevato o comunque posto sotto stretta osservazione.

In tal senso, sia nelle società più piccole che in quelle maggiormente strutturate, ove è presente un sistema dei controlli più complesso (*internal audit*, ufficio ispettorato, società di revisione, etc....) il flusso delle informazioni proveniente dalle varie funzioni interessate, i controlli diretti eseguiti dal collegio, e l'esperienza stessa dei sindaci, dovrebbero consentire di evidenziare tempestivamente i problemi connessi alla continuità aziendale, e comunque ancor prima della fase di redazione del bilancio di esercizio.

La situazione tipica è quella in cui nel corso dell'esercizio il collegio realizza che il presupposto della continuità aziendale è posto fortemente a rischio, se non già compromesso; in questa ipotesi:

In primo luogo il collegio sindacale deve prontamente sollecitare gli amministratori a porre in essere le azioni conseguenti alla situazione evidenziata. Questa prima fase dovrà necessariamente essere supportata da idonea documentazione, e prontamente verbalizzata nel proprio libro e, fatto salvo l'utilizzo degli ordinari strumenti di comunicazione (raccomandata, pec, ecc....), il verbale dovrà opportunamente essere posto all'attenzione degli amministratori per presa visione.

Si apre a questo punto la fase più delicata perché, a fronte della comunicazione, dell'invito o della sollecitazione diligentemente formulata l'organo di controllo dovrà monitorare attentamente il comportamento degli amministratori in seguito alla situazione evidenziata.

Ad esempio in caso di perdita qualificata del capitale o addirittura del venir meno del presupposto della continuità aziendale, il collegio dovrà sollecitare gli amministratori affinché provvedano a far ricapitalizzare la società convocando senza indugio l'assemblea dei soci.

Ai sensi dell'art. 2406 c.c. qualora gli amministratori omettano il suddetto adempimento, o lo ritardino in maniera ingiustificata, sarà il collegio stesso a provvedere alla convocazione.

In tal senso la norma di comportamento del collegio sindacale raccomanda una serie di adempimenti ben precisi.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Norma di comportamento 11.2



## Convocazione dell'assemblea ex art.2406 c.c.

(da parte del collegio sindacale)

Definizione puntuale dell'ordine del giorno

**Relazione del Collegio Sindacale** contenente i fatti censurabili e le informazioni acquisite

**Documentazione di supporto**

Attenzione

**L'OdG deve essere circoscritto alla descrizione della situazione di crisi**

A questo punto l'assemblea dovrebbe deliberare sui provvedimenti da adottare per il superamento della crisi. In tal caso peraltro il collegio sindacale dovrà vigilare circa l'informativa che gli amministratori sono tenuti a rendere all'assemblea dei soci. Gli amministratori infatti devono, con la massima diligenza, rappresentare ai soci la situazione determinatasi e le possibili soluzioni da perseguire, sia nel caso che si prospettino soluzioni di "ripresa" dell'attività aziendale, sia nel caso in cui si opti per una delle soluzioni di composizione delle crisi previste dalla legge :

<b>SOLUZIONI PER LA COMPOSIZIONE DELLE CRISI</b>	
<b>ART.67</b>	PIANO DI RISANAMENTO
<b>ART.182 BIS</b>	ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI
<b>ART.160</b>	CONCORDATO PREVENTIVO

Optando per una soluzione di composizione della crisi, è possibile che la società coinvolta nella procedura e/o l'Attestatore richiedano lo svolgimento da parte del Revisore Legale (o del Collegio Sindacale incaricato anche del controllo contabile) di analisi specifiche, nell'ambito delle attività pianificate dall'Attestatore per il riscontro della "veridicità dei dati aziendali" o sulla situazione patrimoniale ed economica posta alla base del piano industriale a supporto.

Le Norme di comportamento del Collegio Sindacale (n. 11.1 e ss) prevedono che il Collegio Sindacale o il Sindaco Unico devono esaminare attentamente le procedure poste in essere nel caso specifico e la validità economica e giuridica della scelta effettuata. Questo compito si sostanzia nella valutazione della possibile fattibilità del piano e delle ragionevoli condizioni e presupposti su cui è stato redatto. Qualora, in tale valutazione, vengano analizzati i flussi di cassa, la redditività e



le altre previsioni simili, è necessario anche accertare l’attendibilità del sistema che genera tali informazioni.

<b>CHE COSA DEVE FARE IL COLLEGIO SINDACALE / SINDACO UNICO / REVISORE</b>
<b>Esaminare</b> i piani d’azione futuri degli amministratori che si basano sulla loro valutazione riguardante la continuità aziendale
<b>Raccogliere</b> adeguati elementi probativi in grado di confermare o meno l’esistenza di incertezze significative svolgendo procedure di revisione ritenute necessarie e considerando anche l’effetto di eventuali piani gestionali o altri fattori attenuanti
<b>Richiedere</b> agli amministratori delle dichiarazioni scritte relative ai loro piani d’azione futuri

Qualora venga approvato uno degli istituti negoziali dalla crisi di impresa, l’organo di controllo dovrà rivedere la pianificazione dell’attività di controllo, al fine di dare maggiore rilevanza alle azioni volte a monitorare le aree di rischio individuate.

Può verificarsi però che gli amministratori non si azionino prontamente in conseguenza dei rilievi formulati dal collegio sindacale o che l’assemblea si uniformi all’inerzia degli amministratori stessi (è il caso ad esempio in cui amministratori e soci coincidono).

In questo caso il collegio sindacale, qualora la condotta degli amministratori integri anche i presupposti di gravi irregolarità che possano arrecare danno alla società, propone la denuncia al tribunale ex art. 2409, C.C..

**Presupposti delle procedura ex art. 2409 del Codice Civile**

- sussistenza di fondati sospetti circa la commissione di gravi irregolarità
- esistenza di danno potenziale di valore significativo
- constatazione del perdurare delle irregolarità

**Possibili fattispecie in situazione di crisi**

a) omessa o irregolare esecuzione di delibera assembleare nel caso in cui sia stata deliberata l’adozione di specifiche misure per fronteggiare la crisi

b) stato di insolvenza conclamato con continuazione dell’attività sociale e rischi legati all’aggravamento del dissesto

**Caratteristiche denuncia ex art. 2409 C.C. a cura del Collegio Sindacale**

- legittimato alla denuncia al Tribunale è il Collegio come organo e non il singolo membro
- presupposto della denuncia è una specifica delibera del collegio sindacale
- deve essere conferita apposita *procura ad litem* ad un difensore



- è esperibile secondo giurisprudenza anche nel caso di società in liquidazione<sup>43</sup>
- le spese di ispezione giudiziaria sono a carico della società nel caso di denuncia del

Collegio Sindacale

- le spese processuali sono a carico di chi, infondatamente, ha iniziato il procedimento o ha resistito allo stesso.

E' evidente come in queste situazioni il collegio sindacale sia sempre in una posizione altamente delicata dovendo spesso adottare comportamenti che, se pur supportati dalle linee guida dettate dalla legge e dalle norme di comportamento professionali, sono pur sempre frutto di valutazioni personali, e quindi soggetti a margini di discrezionalità. In tal senso i profili di responsabilità che possono emergere a carico del collegio sindacale possono essere molteplici a seconda degli interessi configgenti nelle vicende societarie.

Talvolta può capitare che il legale della società, a supporto delle proprie istanze, richieda un parere al collegio sindacale.

Può capitare altresì, soprattutto in situazioni di crisi e/o con riferimento a decisioni delicate, che al collegio sindacale vengano richiesti assensi o pareri a “preventiva copertura” di decisioni del CdA o delibere assembleari. Ciò solitamente avviene attraverso l’inserimento a verbale della formula di rito “con il consenso del collegio sindacale”.

In tal senso è opportuno ricordare, in riferimento alle situazioni di crisi che possono coinvolgere le società, che il collegio sindacale svolge una attività di vigilanza e, per nessun motivo deve trovarsi coinvolto nel merito delle scelte di gestione. I casi in cui il collegio sindacale è obbligatoriamente tenuto a dare un parere o un assenso sono specificatamente previsti dal codice civile; nessun'altra ipotesi “atipica” deve essere consentita, al fine di evitare coinvolgimenti in profili di responsabilità dei membri del collegio.

---

<sup>43</sup> cfr. tra gli altri Trib. Trani sent. 30.10.2001)





**Capitolo 4**

***Gli Aspetti di Rilievo Penale***

**a) Introduzione**

Le norme penali in materia societaria prevedono reati a soggettività ristretta, cioè predeterminata dal legislatore in coloro che sono investiti di una particolare qualifica o funzione (intesa come quell'insieme di poteri/doveri che si traducono nella vita quotidiana sociale in atti tipici)

Ai fini del presente elaborato, le funzioni rilevanti sono tre: la funzione di gestione sociale (organo amministrativo), la funzione di controllo sulla gestione sociale (organo di controllo) e la funzione di controllo contabile (organo di revisione).

In via preliminare è necessario ricordare che la responsabilità penale o amministrativa, sia nella forma “commissiva” sia in quella “omissiva”, si collega ad uno specifico atto, che è espressione di un determinato potere/dovere riconducibile alla qualifica o funzione.

Gli autori dei reati sono principalmente le persone fisiche investite di quelle funzioni (amministratore, direttore generale, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, i liquidatori, i sindaci e revisori contabili) ex 2621 e ss Codice Civile. A fianco di queste figure, il d.lgs. 61/2002 ha introdotto tre clausole di equiparazione, ossia tre categorie di soggetti che si affiancano agli autori di cui sopra ed individuabili nell'art. 2639 del Codice Civile:

1) i soggetti equiparati perché svolgenti la stessa funzione diversamente qualificata (comma 1 prima parte),

2) i soggetti equiparati perché svolgenti la stessa funzione esercitando di fatto i poteri inerenti la qualifica o la stessa funzione in modo continuativo e significativo (comma 1 seconda parte),

3) i soggetti legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza (comma 2).

La prima clausola di equiparazione rende palese l'irrilevanza della denominazione formale rispetto al contenuto della funzione esercitata in concreto ed è divenuta necessaria nella riforma del diritto societario con l'introduzione di altre forme di *governance*, e quindi i membri del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza (sistema dualistico) od i componenti del comitato interno (sistema monista).



La seconda clausola di equiparazione è la norma che coinvolge l'amministratore di fatto cioè colui che, senza essere stato formalmente investito di una qualifica o essere titolare della relativa funzione, svolge in modo continuativo e significativo quella qualifica o funzione.

La terza clausola di equiparazione è stata introdotta per coerenza sistematica a seguito della abrogazione dei reati propri degli amministratori giudiziali e dei commissari governativi.

Oltre alle figure sopra descritte, in ambito penale-societario, è possibile individuare altri soggetti che possono essere perseguiti a titolo di concorso nel reato, quali ad esempio i consulenti (legali, amministrativi, ecc....) che forniscono al soggetto principale le competenze tecniche necessaria alla consumazione propria dell'illecito.

Il Libro V del Codice Civile dedica un intero Titolo (XI) per identificare il mondo penale societario, mentre norme speciali (es. la Legge Fallimentare) identificano altre forme di reato

In sintonia con l'argomento trattato in questo lavoro, si procede con una panoramica dei reati che il Codice Civile identifica nelle seguenti macro classi:

### LE FALSITA (Capo I: Artt. 2621 – 2625)

- .1 Nelle comunicazioni sociali
- .2 Nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale
- .3 Nell'impedito controllo

### LE OPERAZIONI SUL CAPITALE SOCIALE (Capo II e III: Artt. 2626 -2631)

- .1 Nell'indebita restituzione dei conferimenti
- .2 Nella illegale ripartizione degli utili e delle riserve
- .3 Nelle illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante
- .4 Nelle operazioni in pregiudizio dei creditori
- .5 Nella omessa comunicazione del conflitto di interessi
- .6 Nella omessa esecuzione di denunce, comunicazioni e depositi
- .7 Nella omessa convocazione dell'assemblea

### ALTRI ILLECITI (Cap IV: Artt. 2632 – 2638)

- .1 Formazione fittizia del capitale sociale
- .2 Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori
- .3 Infedeltà patrimoniale
- .4 Corruzione tra privati
- .5 Illecita influenza sull'assemblea
- .6 Aggiotaggio
- .7 Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza



**b) Le falsità**

Il tema delle falsità, nel corso degli ultimi venti anni, in concomitanza anche con l'evoluzione dei mercati e dei rapporti finanziari, è stato un argomento sempre più dibattuto per il legislatore. La prima riforma è stata introdotta con il D.Lgs. 61/2002 che introdusse nuove fattispecie di infedeltà (art. 2634 e 2635 c.c.) e l'estensione della responsabilità amministrativa degli enti per gli abusi degli amministratori nella gestione sociale, ma in particolare il tutto in un nuovo inquadramento in cui le violazioni di natura sostanziale avrebbero prevalso su quelle di tipo formale e procedurale. Le critiche, che questa riforma aveva sollevato, erano principalmente convergenti sul fatto che la falsa comunicazione sociale ex art. 2621 c.c. era passata dalla fattispecie delittuosa a quella contravvenzionale, sanzionata con l'arresto nel caso di superamento di certe soglie.

Per arginare questo deficit, ed in particolare per un allineamento con le scelte degli altri paesi europei, il legislatore è intervenuto con previsioni contenute in leggi speciali come la L. 262/2005 relativa alla "Tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari".

L'ultimo intervento legislativo è recentemente avvenuto con il provvedimento delle misure adottate per il contrasto alla corruzione con la Legge 27 maggio 2015 n. 69, pubblicata in GU n. 124 del 30 maggio 2015 ed entrata in vigore il 14 giugno 2015. Questo riferimento temporale è la linea di demarcazione tra il vecchio ed il nuovo regime in quanto le norme penali più severe non possono essere applicate anche per quei reati "commessi" prima dell'inasprimento stesso come previsto dall'art. 25 c.2 della Costituzione e dall'art. 2 c.4 c.penale.

In relazione a quant'ultimo rilievo, ed in considerazione delle finalità di questo lavoro, si ritiene opportuno procedere con la descrizione dei casi con la previgente normativa (D.Lgs. 61/2002) ed evidenziare le modifiche con la L. 69/2015 introdotte per le false comunicazioni sociali

*b.1 - Falsità nelle comunicazioni sociali*

La riforma penale, avvenuta con il D.Lgs. 61/2002, aveva innovato l'art. 2621 del Codice Civile in merito alle "False comunicazioni sociali" che fino allora era più conosciuto per "falso in bilancio" rientrando quest'ultimo tra i documenti di comunicazione sociale.

Il comma 1 degli artt. 2621 e 2622 (per le società quotate) del Codice Civile identificava, e continua ad identificare, i soggetti destinatari delle potenziali falsità, e cioè:

- amministratori
- direttori generali
- dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari (introdotto con la Legge 262/2005 "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari)
- sindaci
- liquidatori



La responsabilità penale commissiva di ciascuna di queste figure era combinata dalla “intenzione” di ingannare i soci o il pubblico ed “il fine” di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto; con la recente riforma rimane solo la finalità del conseguimento dell’ingiusto profitto per sé o per altri.

I documenti rappresentativi della “falsa comunicazione” rimangono invariati e sono i bilanci, le relazioni o le altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico con la novità che sono ora inclusi anche quelli non previsti dalla legge.

La novità riguarda la tipologia dell’azione poiché se nella previgente normativa i soggetti richiamati dovevano semplicemente “esporre”, ora devono “consapevolmente esporre”. L’introduzione della consapevolezza di esporre rende molto dubbia la riforma introdotta poiché resta difficile comprendere come la consapevolezza si discosti dalla esclusione della intenzionalità dell’inganno.

A ciò si aggiunga che se prima si individuavano “fatti materiali non rispondenti al vero” oggi si richiede che tali fatti materiali siano rilevanti.

Alla luce di quanto evidenziato, si individua che la condotta rilevante penalmente, per i soggetti sopra indicati, risiede nella: 1) Esposizione di fatti materiali *rilevanti* non rispondenti al vero (*ex ancorché oggetto di valutazioni*); 2) Omissione d’informazioni, la cui comunicazione è imposta dalla legge, riguardanti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale appartiene la società

Le false comunicazioni dovevano essere idonee ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni stesse (art. 2621 c.c.) e per le società quotate, dovevano anche cagionare un danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori; con la riforma citata, scompare quest’ultima condizione mentre viene richiesto un maggior elemento di correlazione tra la falsa comunicazione e l’idoneità di questa ad indurre concretamente in errore i destinatari.

Quanto sopra è previsto anche per le falsità ed omissioni che riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto terzi.

La rilevante differenza tra la previgente normativa e la riforma ex L 69/2015 risiede nella trasformazione della violazione da contravvenzione a delitto in considerazione della previsione della pena detentiva della reclusione in luogo dell’arresto. Questa trasformazione porta una serie di conseguenze, prima escluse, tra cui il caso di “recidiva”, il caso di “concorso” nel reato, la durata della prescrizione ed eventuali amnistie ed indulti.



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

L'innovazione della L. 69/2015 riguarda l'abrogazione dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 2621 che prevedevano cause di non punibilità e sanzioni amministrative trasmigrando con modifiche negli art. 2621 bis e 2621 ter rispettivamente disciplinanti i "Fatti di lieve entità" e "Non punibilità per particolare tenuità".

Il mendacio e l'omissione devono avere ad oggetto "fatti materiali" che la dottrina ha interpretato con molteplici definizioni scontrandosi con i concetti aziendali e le caratteristiche di rilievo del fatto sulla realtà economica patrimoniale e finanziaria della società. Tant'è che il legislatore, nei commi abrogati dell'art. 2621 c.c., stabiliva dei parametri soglia (il risultato economico al lordo delle imposte non doveva subire una variazione superiore al 5% o il patrimonio netto al 1%) includendo anche le valutazioni (non sono rilevanti penalmente se rientrano in un margine non superiore del 10% da quella corretta).

Con la riforma ex L. 65/2015 è richiesto soltanto che i fatti materiali, oggetto di esposizione non vera od omessa, abbiano il connotato della rilevanza lasciando così, in base ai primi commenti della dottrina, una ampia discrezionalità al giudice.

La circostanza per cui i fatti, falsamente indicati od omessi, debbano essere "materiali" e "rilevanti" vale a circoscrivere le violazioni a fattispecie di oggettiva gravità in relazione a quello che è lo scopo della comunicazione sociale; in altri termini si introduce il "falso qualitativo" dove non rileva il semplice fatto della diversità del numero da quello vero, bensì dell'entità dell'impatto sulla veridicità della comunicazione che la società si accinge a compiere o perché richiesta dalla legge o perché semplicemente comunicata.

Ancorché le false comunicazioni in futuro riguarderanno tutti i documenti, a pro memoria si ricorda quali sono quelli previsti dalla legge:

- Il bilancio (tutti i documenti) ex art. 2423 c.c. (rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico di esercizio)
- Il bilancio consolidato (sia nella forma originaria che derivata dalla falsità del bilancio della controllata sempre e comunque che gli amministratori della controllante abbiano agito in concorso con gli amministratori della controllata )
- L'inventario delle attività e passività sociali all'inizio della liquidazione (Artt. 2277 c.c.)
- Il bilancio finale di liquidazione (Art. 2311 e 2492 c.c.)
- Il documento inerente la situazione patrimoniale in caso di fusione o scissione (art. 2501 quater e 2506 ter c.c.)



- La documentazione da depositarsi unitamente all'istanza di fallimento (art. 14 LF)
- Il prospetto contabile nel caso di riduzione del capitale per perdite (Art. 2446 c.c.)

In merito al momento della consumazione del reato, rilevante anche per capire se applicabile il regime sanzionatorio previgente o quello attuale, si osserva che:

L'art. 2621 prevede un reato di pericolo concreto, mentre l'art. 2622 prevede un reato di danno; pertanto il reato nel primo caso si consuma con la divulgazione delle comunicazioni false (ad esempio per il bilancio il momento è la sua approvazione o con il deposito dello stesso al registro imprese se si tratta nel primo caso di privati nel secondo di risparmiatori)

Nell'art. 2622 il reato si consumerà nel luogo e nel momento in cui si sia realizzato il pregiudizio economico in capo alla società ai soci o ai creditori.

La riforma ex L 69/2015 ha introdotto gli art. 2621 bis e 2621 ter per identificare in modo autonomo casi minori rispetto a quanto previsto dall'art. 2621 c.c.; in particolare

#### Art. 2621 bis – Fatti di lieve entità

Rappresenta una circostanza attenuante di natura speciale per i fatti previsti dall'art. 2621 che siano di lieve entità tenuto conto della natura e delle dimensioni della società e delle modalità e degli effetti della condotta.

La semplice lettura del testo normativo ha già suscitato le prime perplessità dottrinarie in quanto lasciano troppo margine all'incertezza interpretativa.

Una novità rispetto alla previgente normativa è riposta nel secondo comma dell'art. 2621 bis che prevede il caso per le società non assoggettabili a fallimento (art. 1 L.F.) con la specifica particolarità che la querela sarà rimessa non dal curatore.

#### Art. 2621 ter – Non punibilità per particolare tenuità

Le false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 divengono non punibili avendo a riferimento l'art. 131 bis del c.p. e cioè lasciando la discrezione al giudice penale la valutazione in modo prevalente rispetto ai criteri indicati da questa disposizione, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori.

A questi punto potremmo concludere evidenziando che per le false comunicazioni sociali esistono tre diverse eventualità:

- la falsa o omessa comunicazione, di fatti materiali rilevanti, è di particolare tenuità: gli atti verranno archiviati ed il reo non è punibile;
- la falsa o omessa comunicazione, di fatti materiali rilevanti, è di lieve entità: la pena verrà ridotta;
- la falsa o omessa comunicazione, di fatti rilevanti, diversa dalle precedenti: la pena è piena come prevista dall'art. 2621



In ambito processuale penale ci sarà la possibilità di richiedere le attenuanti generiche nel caso in cui l'indagato non sia recidivo

A conclusione della fattispecie meritano brevi note per l'art. 2622 per le società quotate in Italia o altro mercato dell'Unione Europea.

La fattispecie delittuosa è la stessa indicata dall'art. 2621 con la differenza che se per quest'ultima è necessario il danno (delitto di danno), per le società quotate è sufficiente il pericolo (delitto di semplice pericolo). Tale differenza è una novità rispetto alla previgente normativa in quanto prima dell'entrata in vigore della riforma anche per le società quotate si doveva verificare l'esistenza del danno.

*b.2 - Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale*

Tale fattispecie è stata modificata con il D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010 che, abrogando l'art. 2624 c.c. e l'art. 174 bis del TUF, ha accorpato nell'art. 27 la contravvenzione di pericolo concreto ed il delitto di danno, che si differenziano per l'eventuale causazione di danno patrimoniale ai danni dei destinatari delle comunicazioni stesse.

I soggetti attivi del reato sono i "responsabili della revisione", ed anche in questo caso ci può essere una condotta attiva od omissiva

La condotta si concretizza con la non veritiera attestazione della regolare tenuta della contabilità da parte della società revisionata, nella falsa attestazione della corrispondenza del bilancio alle scritture contabili e nella falsa attestazione di conformità tra le norme dettate per la redazione dello stesso e i criteri concretamente seguiti nella sua compilazione, ovvero nell'occultamento di notizie concernenti lo stato patrimoniale economico finanziario della società pregiudicando la rappresentazione della realtà della società revisionata.

Tra i documenti individuati dal generico termine "comunicazioni" rientrano anche i pareri sulla congruità del rapporto di concambio nel caso di fusione o scissione, la relazione di stima dei conferimenti in natura e crediti nelle Srl, e la relazione sul bilancio finale di liquidazione.

In merito alla consumazione del reato, nell'ipotesi contravvenzionale si osserva che coincide con il momento della diffusione della comunicazione inveritiera; mentre nell'ipotesi delittuosa coincide con la realizzazione del danno patrimoniale.

In particolare la diffusione della comunicazione deve distinguersi in base all'oggetto, e cioè:

- se trattasi di relazioni al bilancio, il momento coinciderà con il deposito dello stesso presso la sede sociale;
- se trattasi di altre comunicazioni, il reato si intenderà consumato nel momento in cui le stesse entreranno nella materiale disponibilità dei destinatari delle comunicazioni stesse.





*b.3 - Falsità nell'impedito controllo*

La fattispecie si identifica con l'art. 2625 c.c. e riguarda “il controllo sulla gestione sociale” legittimamente attribuito ai soci che non partecipano alla gestione o ad altri organi sociali. Questo articolo individua due casi in base alla gravità delle conseguenze che l'impedimento ha causato. Il riferimento sono il comma 1 e comma 2 dell'art. 2625 c.c. che passa dall'illecito amministrativo al delitto (nel caso in cui l'impedimento ha causato un danno ai soci).

I soggetti attivi sono gli amministratori della società indipendentemente dalle loro funzioni che dolosamente con la loro condotta impediscono o ostacolano il controllo a coloro che ne hanno le funzioni e/o i poteri. In altri termini la condotta è quella di “occultamento, impedimento, ostacolo” al controllo ma anche di una forma più ampia quale il mero ostruzionismo.

Nel momento in cui si consuma la fattispecie è necessario che esso abbia generato un danno ai soci e che questi abbia esposto specifica querela, in quanto questa forma delittuosa si aziona solo su iniziativa di parte.

Nelle dinamiche aziendali non è facile individuare il nesso tra l'evento impeditivo ed il danno che questo evento ha causato ai soci; con la conseguenza che, di fatto, il c.2 dell'art. 2625 resta di difficile applicazione. Un esempio può essere il danno derivante dal mancato esercizio di particolari diritti statutariamente riconosciuti al socio al verificarsi di un determinato evento, la cui realizzazione è stata occultata ad opera degli amministratori in sede di verifica.

**c) Le operazioni sul Capitale Sociale**

*c.1 - Indebita restituzione dei conferimenti (Art. 2626)*

La fattispecie, pur essendo residuale nelle tutele del capitale sociale, prevede non solo la restituzione dei conferimenti fatti dai soci, ma anche il caso della loro liberazione dall'eseguirli. Anche in questo caso i soggetti perseguibili sono sempre gli amministratori, oltre a coloro che sono stati autorizzati dall'autorità giudiziaria o di vigilanza di amministrare la società o i suoi beni.

La condotta illecita si realizza con l'indebita restituzione del conferimento o l'illegittima liberazione dal conferire.

Particolare attenzione deve essere posta ai seguenti casi:

a) caso di riduzione del capitale non esuberante.

Nel caso di delibera di riduzione del capitale sociale non esuberante, pur avendo rispettato la procedura di cui all'art. 2445 c. 2,3 e 4, (e cioè l'avviso di convocazione indica le ragioni e le modalità della riduzione, l'esecuzione della delibera avvenga dopo 90 gg dall'iscrizione al Registro Imprese e il Tribunale abbia disposto in caso di opposizione da parte di uno o più creditori)



potrebbe essere attratta nella fattispecie penale di cui all'art. 2626 cc. In altri termini, sotto il profilo aziendale, non c'è un vero e proprio algoritmo per il quale si possa giungere alla definizione quantitativa di quanto il capitale è o non è esuberante.

b) caso di recesso od esclusione del socio

La fattispecie si consuma qualora gli amministratori non rispettassero quanto previsto dalla normativa civilistica come ad esempio il termine di preavviso di tre mesi nel caso di recesso di un socio (ex. 2285 c. 3).

#### c. 2 - Illegale ripartizione degli utili e delle riserve (Art. 2627)

La formulazione dell'art. 2627 cc delinea un reato proprio degli amministratori (o del consiglio di gestione per il sistema dualistico o del consiglio di amministrazione per il sistema monistico). Il fatto illecito si realizza con la condotta, e cioè con la ripartizione di utili o acconti su utili non effettivamente conseguiti, o destinati per legge a riserva e/o riserve indisponibili.

Il termine "utile" non deve intendersi limitato al mero dato economico tra un esercizio e l'altro, ma assume un significato "patrimoniale" e cioè la differenza tra valori attivi e passivi, da considerarsi al netto delle risorse indisponibili per legge (capitale e riserve obbligatorie).

La natura giuridica di questo reato è riconducibile alla fattispecie della "contravvenzione" (non più il delitto come ante riforma) e quindi la condotta incriminata è punibile anche a titolo di colpa. Tale condizione rende altamente pericolosa questa situazione in quanto non è richiesto all'organo amministrativo la consapevolezza nella consumazione del reato.

Nel caso di restituzione degli utili il reato si estingue, così come si estingue qualora vengano ricostituite le riserve entro il termine di approvazione del bilancio.

Questo illecito merita due brevi riflessioni.

La prima è che l'articolo 2627 cc trova applicazione per tutti i tipi di società, comprese le società di persone. All'atto pratico, tuttavia, è frequente il caso di società di persone in cui l'ammontare dei prelevamenti a titolo di acconto utili è sì gran lunga superiore alla somma degli utili realmente conseguiti.

La seconda è che nel caso di società a ristretta base sociale, ove il socio abbia tenuto una condotta attiva per ottenere l'illegale distribuzione, questi, pur non consumando direttamente il reato ex 2627 cc, risponde per il "concorso" nel reato ex art. 110 c.p. unitamente all'amministratore.

#### c.3 - Illecite operazioni su azioni o quote sociali o delle società controllate (Art. 2628)

La formulazione dell'art. 2628 al primo (azioni o quote sociali) e secondo (azioni o quote della società controllante) comma prevede una fattispecie delittuosa, punibile con la reclusione fino a un anno, degli amministratori che, operando al di fuori dei casi consentiti dalla legge, attraverso



l'acquisto di azioni proprie o quote sociali proprie, danneggiano il capitale sociale e le riserve non distribuibili delle società.

In questo caso ci troviamo di fronte ad un reato “a forma vincolata”: il reato si consuma cioè solo quando la condotta dell'amministratore è stata posta al di fuori dei casi previsti dalla legge e questo abbia determinato un pregiudizio al bene protetto (capitale sociale e riserve non distribuibili).

Sussistono varie ragioni che possono indurre una società, specie se quotata in borsa, all'acquisto di azioni proprie, e non necessariamente la condotta, ancorché incompatibile con la normativa prevista dagli art. 2357 (anche bis e ter) 2474 e 2522 del c.c. rispettivamente per le spa, le srl e le soc. cooperative, si configura come penalmente rilevante.

In termini strategici le operazioni sulle azioni proprie sono riassumibili in operazioni di mercato ed operazioni societarie: nel primo caso la finalità è la regolarizzazione dei corsi azionari; nel secondo caso la finalità può essere quella di rafforzare il controllo della società o quella di redditività generata dal *capital gain*.

Le operazioni sulle azioni non sono limitate al concetto di “acquisto” ma in senso più ampio a qualsiasi negozio, a titolo oneroso o gratuito, idoneo a trasferire la titolarità delle azioni alla società che le ha emesse nonché la fattispecie di acquisti per tramite di società fiduciaria o interposta persona.

A completezza della fattispecie, la norma speciale prevista per le società quotate il TUF estende la punibilità alla irregolare acquisto delle azioni proprie e della società controllante.

c. 4 - Operazioni in pregiudizio ai creditori (Art. 2629)

Al fine di ampliare la tutela dei creditori sociali, l'art. 2629 prevede la punibilità degli amministratori che, violando le disposizioni di legge, producano loro un danno nell'eseguire: a) riduzioni di capitale sociale b) fusioni c) scissioni. La condotta oggetto di punizione è la generale violazione delle disposizioni di legge che impediscono ai creditori iniziative cautelari (opposizione in qualsiasi forma ad uno dei casi enucleati).

La procedibilità a querela della parte offesa è la novità rispetto alla previgente normativa; mentre il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio, così come per le altre fattispecie penali sopra indicate, ne estingue il reato

c.5 - L'omessa comunicazione del conflitto di interessi

L'art. 2629 *bis*, nonché i successivi artt. 2630 e 2631, disciplinano i rilievi di imputazione a seguito di “omissioni” da parte degli amministratori; anche se soltanto questo caso assume rilevanza penale, mentre le altre due fattispecie generano sanzioni amministrative a carico di colui che avrebbe dovuto compiere il dovere.



Questa norma è stata introdotta dalla L. 262 del 28.12.2005 (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari) a seguito di clamorosi dissesti finanziari (Cirio e Parmalat) ove apparivano evidenti conflitti di interessi di uno o più amministratori e/o componenti il consiglio di gestione.

Se sotto un profilo societario il campo di azione si riduce a tutte quelle società che hanno le proprie azioni quotate in mercati regolamentati (Ita e UE) o diffuse tra il pubblico in misura rilevante (vedi regolamento Consob) ed alle società sottoposte a vigilanza ai sensi del TUB o TUF, sotto il profilo della potenziale rilevanza del conflitto, questo si estende ad “ogni interesse”.

Questo interesse, per avere rilevanza penale, dovrà essere l’origine dell’azione che ha così causato il danno (patrimoniale) alla società o a terzi.

La condotta incriminata è il mancato rispetto dell’obbligo di comunicazione agli altri membri dell’organo amministrativo e del collegio sindacale dell’interesse che un amministratore può avere nel compimento di una determinata operazione sociale.

Per completezza, occorre ricordare che questa fattispecie rientra anche nelle disposizioni di responsabilità amministrativa della società (ex. L. 231/2001) in quanto rilevabile dal modello organizzativo stesso.

#### *c. 6 - Omessa esecuzione di denunce, comunicazioni e depositi*

La norma, rientrante nella fattispecie degli illeciti amministrativi, intende colpire coloro che sulla base del ruolo che rivestono all’interno di una società o consorzio, omettono di eseguire nei termini prescritti una denuncia, una comunicazione o un deposito al Registro delle Imprese (e non altri casi).

Da precisare che, prima della riforma, la giurisprudenza aveva esteso questa violazione anche in presenza di mancata redazione o approvazione del bilancio; con la nuova norma la dottrina sostiene che l’eventuale mancata approvazione del bilancio di esercizio non fa scattare il termine per il deposito (*dies a quo*), di conseguenza non vi è un illecito amministrativo. Tale conclusione è sostenibile in via indiretta poiché il successivo art. 2631 sanziona la mancata convocazione dell’assemblea.

In merito al soggetto attivo, è opportuno evidenziare che, oltre a coloro che rivestono un ruolo all’interno della società, quando la legge impone loro l’incombenza riconoscendoli come unici soggetti legittimati al deposito, anche la figura professionale esterna del “notaio” può incorrere in sanzioni per omessa esecuzione di denunce, comunicazioni e depositi.

#### *c.7 - Omessa convocazione dell’assemblea*

La convocazione dell’assemblea deve avvenire nei termini previsti dalla legge o dallo statuto sociale e, in difetto, entro il termine (generale) di trenta giorni dal momento in cui gli



amministratori ed i sindaci siano venuti a conoscenza delle circostanze che li obbligano alla convocazione.

Il termine generale può rendere più complesso il problema del “*dies a quo*”, poiché non sempre si ha la certezza della decorrenza. Si pensi, ad esempio, alle verifiche da fare nel caso in cui la richiesta di convocazione sia fatta da una minoranza di soci (ex. 2367 cc). Dovranno essere verificati il quorum dei richiedenti, le loro generalità, la validità degli argomenti richiesti e la competenza dell’assemblea. Ciò implica un dispiego di tempo necessario che non potrà che far slittare in avanti il momento da cui far decorrere il termine previsto per la convocazione.

A titolo esemplificativo, l’obbligo di convocazione ricorre spesso nel diritto societario, come negli artt. 2357 c.4; 2364; 2364 bis uc; 2376; 2367; 2386; 2409; 2446; 2447; 2482 bis; 2483 ter; 2487; 2501 speties; 2541.

#### **d) Gli altri illeciti**

Per questo gruppo di reati penali previsti dal Codice Civile, verranno esaminati soltanto i primi cinque e cioè quelli previsti dall’art. 2632 all’art. 2636.

##### *d.1 - La formazione fittizia del capitale sociale (Art. 2632)*

Si tratta di una fattispecie delittuosa, procedibile d’ufficio, costruita come reato d’evento (formazione o aumento del capitale sociale) a condotta vincolata (tre): 1) attribuzione di azioni o quote in misura superiore all’ammontare del capitale sociale; 2) sottoscrizione reciproca di azioni o quote; 3) sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti o del patrimonio sociale nel caso di trasformazione.

Il bene giuridico protetto è ovviamente il capitale sociale ed il reato si consuma: 1) nel momento della sottoscrizione o emissione delle azioni; 2) nel momento della costituzione della società o nella fase di realizzazione dell’aumento del capitale sociale; 3) in sede di atto costitutivo o dell’adozione della delibera di aumento del capitale sociale o dell’atto di trasformazione;

##### *d.2 - Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori*

Si tratta di un reato perseguibile a querela della persona offesa e, come tale, può anche essere estinto con il risarcimento del danno prima del giudizio.

Il fatto tipico della consumazione del reato è “la ripartizione dei beni sociali tra i soci prima del pagamento dei creditori sociali o dell’accantonamento delle somme necessarie al loro soddisfacimento”.

##### *d.3 – Infedeltà patrimoniale*

La fattispecie delittuosa qui rappresentata è procedibile a querela della persona offesa.



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

La condotta infedele, verificatosi il presupposto del conflitto dell'interesse proprio (o altrui) contro l'interesse sociale, deve presentarsi come atto dispositivo di un bene sociale, commesso direttamente dall'autore del reato o dal consiglio di amministrazione con il voto favorevole (determinante) del soggetto che è stato qualificato in conflitto di interessi, con conseguente intenzionale danno patrimoniale alla società.

#### d.4 - La corruzione tra privati

Questa norma è stata modificata nel 2012 che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, punisce coloro che, a seguito di dazione o della promessa di denaro o altra utilità per sé o altrui, compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio od obblighi di fedeltà con conseguente danno alla società.

Questa fattispecie ha la finalità di punire non la corruzione, bensì il comportamento infedele tenuto verso la società nel quale si materializza quel conflitto d'interessi di cui la corruzione è mero sintomo.

#### d.5 - Illecita influenza sull'assemblea

Questa fattispecie non rientra nei reati propri degli amministratori poiché l'art. 2636 estende il caso a "chiunque" determina la maggioranza in assemblea attraverso atti simulati o fraudolenti al fine di procurare per sé o altri un ingiusto profitto.

### **e) I reati penali previsti da altre leggi**

Oltre alle fattispecie sanzionate dagli artt. 216 e 217 della LF nonché dagli artt. 223 e 224, illeciti tipici delle situazioni di crisi di impresa e che concorrono con le ipotesi descritte nei paragrafi precedenti, si vogliono affrontare alcune situazioni che ricorrono con frequenza quando ci si trovi a fronteggiare una crisi aziendale. In particolare meritano menzione i seguenti casi:

#### e.1 - Ricorso abusivo al credito

L'Art. 218 della Legge Fallimentare, interamente modificato dal TUF (Legge 262/2005) disciplina la fattispecie del ricorso abusivo al credito da parte dell'imprenditore o di colui che agisce per lui. Questa estensione porta a coinvolgere, pertanto, non solo la figura del fallito ma anche di coloro che hanno agito per lui come gli amministratori, i direttori generali ed i liquidatori.

La condotta rilevante di colui che ha commesso il reato consiste proprio nel ricorrere o continuare a ricorrere al credito dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza.

Una parte della dottrina e la giurisprudenza (Cass. Sez. 1 22.07.1997 n. 4021 e 12.11.1988 n. 2342) sostengono che il ricorso abusivo al credito non sia un reato fallimentare bensì un reato commerciale in quanto il postulato è la messa in pericolo delle ragioni creditorie e quindi si perfeziona anche ove l'obbligazione sia poi adempiuta. L'altra parte della dottrina sostiene



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

invece che sia un reato fallimentare poiché diversamente si avrebbe una tendenziale sovrapposizione con il delitto comune d'insolvenza fraudolenta (Art. 641 c.p.), anche se per quest'ultimo caso il reato è di danno in quanto il presupposto applicativo è che l'obbligazione non sia adempiuta. In verità post riforma 2005, questo reato è un reato commerciale cioè non soggetto alla dichiarazione di fallimento.

Nella fattispecie del reato in esame, oltre al dissesto, è stato aggiunto lo stato d'insolvenza da intendersi anche come semplice discredito soggettivo dell'imprenditore e non anche del suo patrimonio, come ad esempio "il merito creditizio" e la sua parametrizzazione in base ai c.d. accordi di Basilea.

Il reato è a condotta libera e quindi deve intendersi che vi rientra una qualsiasi prestazione data verso la promessa di una prestazione futura (concessione del credito) indipendentemente dallo strumento giuridico e dalle eventuali garanzie per l'adempimento; così vi rientrano il prestito di somme, l'acquisto di merci a pagamento differito, le anticipazioni anche tramite permuta per forniture da eseguirsi in futuro, le anticipazioni bancarie e lo sconto

La finalità del credito è irrilevante (reimpiego produttivo e prestiti di mero consumo).

Sul concetto di dissimulazione si è espressa di recente dalla Suprema Corte (Cass 21.11.2006 n. 38144) che ha interpretato la condotta anche "l'utilizzo strumentale della posta debitoria e la natura parzialmente fittizia del finanziamento soci, non facilmente individuabile dalle banche". Ma non rileva solamente una dichiarazione mendace piuttosto che una alterazione delle poste creditorie e/o debitorie, è sufficiente anche il silenzio da parte del soggetto per consumare la dissimulazione. (Cass. Sez V 27.03.1979 n. 3165)

Quello che più è rilevante anche ai fini del contesto di questo lavoro, è l'elemento soggettivo di questo reato, in quanto esso è costituito dal dolo generico e cioè è sufficiente che il soggetto che compie questa fattispecie sia cosciente e voglia far ricorso al credito dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza (tant'è che è ininfluente la eventuale successiva estinzione dell'obbligazione sorta in conseguenza della dissimulazione).

Il reato di ricorso abusivo al credito presenta indubbi aspetti di affinità con i reati di bancarotta semplice, truffa, insolvenza fraudolenta, per cui si evidenziano gli elementi distintivi:

- Bancarotta Semplice (Art. 217 l.f.) ... consumazione di notevole parte del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, il compimento di operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento. Pertanto, a differenza del Ricorso Abusivo al Credito insiste nel carattere rovinoso delle operazioni compiute.

- Truffa (Art. 640 c.p.) ... postula il conseguimento dell'ingiusto profitto a seguito di un'altrui disposizione patrimoniale indotta in errore da artifici e raggiri. Pertanto, a differenza del





Ricorso Abusivo al Credito, insiste nel fine dell'ingiusto profitto con l'altrui danno e l'uso di artifici o raggiri (la dissimulazione non è un artificio o raggiro. Cass. Sez II 13.06.1986 n. 5562)

- Insolvenza Fraudolenta (Art. 641 c.p.) ... postula l'assunzione di un'obbligazione con proposito di non adempierla e di seguito non adempiendola. (Reato di Danno e non di Pericolo). Pertanto, a differenza del Ricorso Abusivo al Credito, insiste nel fine di non adempiere all'obbligazione assunta fin dall'origine del contratto.

*e.2 - Mendacio bancario*

Questo reato è stato introdotto inizialmente dall'art. 137 del D.Lgs. 385 del 01.09.1993 (c.d. TULB), poi soppresso e successivamente reintrodotta dal 2005 con successive modifiche; il c. 1 bis prevede: *“Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chi, al fine di ottenere concessioni di credito per sé o per le aziende che amministra, o di mutare le condizioni alle quali il credito venne prima concesso, fornisce dolosamente ad una banca notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria delle aziende comunque interessate alla concessione del credito, è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino ad euro 10.000. Nel caso in cui le notizie o i dati falsi siano forniti ad un intermediario finanziario, si applica la pena dell'arresto fino a un anno o dell'ammenda fino ad euro 10.000”*

Questo tipo di reato evidenzia la peculiarità che il soggetto passivo sia necessariamente un istituto bancario e non necessariamente il credito debba essere ottenuto.

Il Mendacio Bancario è un reato di pura condotta, cioè è sufficiente che un qualsiasi soggetto fornisca dolosamente ad una banca notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dell'impresa.

Sotto il profilo soggettivo, la portata è più ampia “chi ... per se o per le aziende che amministra...” al fine di ottenere concessioni di credito o di mutare le condizioni alle quali il credito era stato concesso.

In relazione all'oggetto giuridico si sottolinea che si tratta della fornitura di «notizie» o «dati» falsamente raffigurati in tutto o in parte, siano essi riguardanti la struttura e la costituzione aziendale, siano rappresentativi della situazione economico-finanziaria.

La falsità della notizia generalmente può avere ad argomento, oltre all'esposizione debitoria, anche il giro di affari, la produzione, la liquidità, il magazzino prodotti e materie prime e vari aspetti che caratterizzano l'attività d'impresa. Tutto ciò però deve essere inerente a fatti concreti, dove la falsità sia certa e verificabile, e non a meri giudizi di valore, che essendo formati da apprezzamenti e valutazioni non possono essere ritenuti falsi in modo rigoroso. Si ritiene falsa la notizia in qualsiasi modo essa sia fatta pervenire, quindi sia che sia scritta, sia che sia data verbalmente.



## ODCEC PISA

### *Commissione studio – Diritto Societario*

Va però notato che il cliente della banca non è obbligato a dare informazioni sul peggioramento del suo stato, qualora questo sia successivamente intervenuto, la falsa informazione deve servire a ottenere o a modificare la posizione creditoria, e perciò il silenzio successivo non è da considerarsi perfezionatore del delitto. Pertanto il reato si consuma soltanto nel caso in cui la situazione prospettata sia diversa, al momento della rappresentazione, da quella reale.

Il silenzio, invece, assume valore quando inerisce a informazioni specificatamente richieste. In tal caso il silenzio integra l'elemento materiale del reato, poiché concretamente si compie l'inosservanza dell'obbligo giuridico di esibire informazioni corrispondenti al vero. La reticenza o il silenzio dovrebbero essere, comunque, già indicative per la banca per argomentare un rifiuto o una maggiore cautela.

La norma impone l'obbligo di non fornire e dichiarare notizie o dati non corrispondenti a verità, ma non impone quello di specificare, dichiarare o rendere disponibili notizie, anche se rilevanti ai fini del credito.

Trattandosi, come prima sottolineato, di un reato di pericolo, non risulta necessario che il comportamento tenuto dal soggetto attivo comporti un danno, e neanche che il credito venga effettivamente concesso. Parte della dottrina ritiene, però, che la notizia non veritiera debba necessariamente avere efficacia sulla concessione del credito, o comunque influire su di esso. L'elemento soggettivo è integrato qualora ci siano la coscienza e la volontà di esibire notizie o dati falsi al fine di ottenere la concessione del credito o un mutamento favorevole delle condizioni precedenti, pertanto si può parlare di dolo specifico.