

Maurizio De Acutis

**La responsabilità degli amministratori: i
presupposti, il danno e la sua quantificazione,
le azioni**

La responsabilità degli amministratori di società

Bolzano, 27 novembre 2015

I presupposti: inadempimento colpevole – danno – nesso di causalità

- Si impone una lettura congiunta degli artt. 2392 e 2381 (quest'ultimo trova applicazione anche oltre il caso di predisposizione di deleghe)
- Art. 2392
 - C. 1°:
 - «Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili ... per i danni derivanti ... a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori»
 - Dalla diligenza del buon padre di famiglia alla diligenza qualificata ex art. 1176, c. 2° ('natura incarico' e 'specifiche competenze')

Segue

- Art. 2392 (segue)
 - C. 1° (segue)
 - Nella valutazione della diligenza richiesta al singolo rilevano sia il dato oggettivo della posizione di ciascuno nell'organo (natura incarico), sia il dato soggettivo (specifiche competenze)
 - Problema: natura incarico e specifiche competenze incidono sulla colpa, sino a escluderla nel caso concreto, o esclusivamente al livello della ripartizione interna del debito?
 - Il secondo periodo del comma sembrerebbe escludere la solidarietà soltanto nel caso di «attribuzioni proprie del c.e. ...»
 - Ma proverebbe troppo; ci sono due livelli: l'esimente di cui sopra si colloca all'altezza dell'adempimento dei doveri (piano oggettivo); l'altra all'altezza dell'elemento soggettivo
 - In ogni caso non ci sarebbe contrasto con il principio della solidarietà: solidarietà ci può essere soltanto tra soggetti in colpa
 - Paradossale che l'affermazione di apertura sulla responsabilità si riferisca alla ripartizione interna

Segue

- Art. 2392 (segue)
 - C. 1° (segue)
 - I tradizionali elementi della colpa, oltre alla negligenza – imperizia, imprudenza – (art. 43, c. 3°, c.p.) rilevano nella responsabilità degli amministratori?
 - La disciplina della colpa degli amministratori (come componente essenziale della responsabilità) è la medesima applicabile in generale all'adempimento delle obbligazioni (di fare) o è disciplina speciale?
 - Tesi prevalente: perizia e prudenza stanno dentro il concetto di diligenza dovuta
 - Sforzi per introdurre parametri di valutazione del comportamento: ragionevolezza, adeguatezza, proporzionalità, ecc.
 - Sindacato sul modo di adozione e non sul merito delle scelte; sindacato sull'omissione di cautele, verifiche e informazioni preventive, ecc.
 - Tendenza a ripensare il dato:
 - perizia richiesta solo all'amministratore chiamato a esserlo – natura dell'incarico attribuito; altrimenti nessuna particolare competenza tecnica
 - Prudenza: quando ha voluto pretenderla la legge lo ha detto: es. valutazione poste bilancio
 - Rinvio a Enrico Ginevra

Segue

- Art. 2392 (segue)
 - C. 1° (segue)
 - Esonero da responsabilità se si tratta di «attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori»
 - Formula infelice: si accomunano un caso di deleghe formalizzate e un caso in cui rileverebbe un dato puramente fattuale
 - l'assenza del riferimento agli amministratori delegati genera dubbi interpretativi – funzioni in concreto attribuite = rilevanza esterna deleghe 'non autorizzate' (noto il dibattito sul tema)? Sembra essere l'unica lettura possibile (ma v. *slide* successiva)

Segue

- Il problema delle deleghe non autorizzate o atipiche
 - Coordinamento tra 2° c. 2381 (necessità autorizzazione soci) e 1° c. 2392 ('funzioni in concreto attribuite')
 - Tre posizioni
 - Sono sempre illegittime
 - Sono legittime, ma sono mere articolazioni organizzative interne, senza impatto all'esterno (responsabilità solidale)
 - Sono legittime e impattano anche sul regime della responsabilità (art. 2392, c. 1°: «funzioni in concreto attribuite»)

Segue

- Art. 2392 (segue)
 - C. 2°: «In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma 3° dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»
 - *Adde* art. 2381, u.c.: «Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società»

Segue

- Art. 2392 (segue)
 - Dall'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione all'obbligo di agire informati
 - È noto che nel passato regime lettura dell'obbligo di vigilare che portava a una 'oggettivizzazione' della responsabilità (giurisprudenza di merito, in particolare)
 - Reazione del legislatore del 2003: 2° c. dell'art. 2392: «fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381» (andrebbe aggiunto e dai cc. 5° e 6°), responsabilità solidale, se a conoscenza di fatti pregiudizievoli (flussi informativi 'unidirezionali' – v. *slide* seguente)

Segue

- Art. 2392 (segue)
 - Dall'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione all'obbligo di agire informati (segue)
 - I flussi informativi ('unidirezionali')
 - Il c.d.a. e il singolo esercitano il controllo esclusivamente sulla base informazioni fornite – spontaneamente o su sollecitazione – dai delegati (filtro), o, in assenza di deleghe, dal presidente (sua maggiore responsabilizzazione)
 - No ispezioni o controlli diretti sugli atti societari
 - Infatti
 - » Soppressione dovere di vigilare sul generale andamento della gestione (vecchio art. 2392)
 - » 3° c., art. 2381: 'sulla base delle informazioni ricevute', 'quando elaborati', 'sulla base della relazione degli organi delegati'
 - Obbligo del singolo di agire informato (vale anche in assenza di deleghe)
 - N.B.: non dovere di informarsi, ma di agire informato (quando è chiamato ad agire)
 - Ovviamente se i flussi sono carenti (rispetto agli standard) e ciò è percepibile usando la diligenza dovuta = responsabilità

Segue

- Art. 2392 (segue)
 - C. 3°: «La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia al presidente del collegio sindacale»
 - Responsabilità senza colpa (oggettiva)?
 - O colpa diversa da quella degli altri (colpa da inosservanza della legge che stabilisce l'assunzione di certe cautele)?
 - Necessaria formalizzazione del dissenso per andare esente

Segue

- L'inadempimento colpevole a un obbligo specifico o generale è condizione necessaria, ma ovviamente non sufficiente per affermare la responsabilità
 - Importante la distinzione, circa la colpa, tra inadempimento a obbligo specifico e a obbligo generale di diligenza
 - Nel primo caso per l'attore è sufficiente provare l'inadempimento
 - Nel secondo anche prova della colpa: la diligenza diventa criterio stesso di determinazione dell'inadempimento
- Qui si apre il tema del danno (e della sua quantificazione) e del nesso di causalità tra comportamento illecito e danno
- Utilità dell'esame di Sez. un. n. 9100/2015, anche per ridimensionarne l'effettiva portata e inquadrarla correttamente (i titoli dei commenti, anche non giornalistici, sono quasi tutti sul criterio differenziale, ma non è questo il fulcro della decisione)

Segue

- L'iter delle Sez. un.
 - La fattispecie: dichiarazione fallimento società; curatore verifica mancata tenuta contabilità; azione di responsabilità con addebito della differenza tra attivo e passivo
 - Già Cass. nn. 9252/1997 e 10488/1998, in tema di divieto di intraprendere nuove operazioni, no ad applicazione automatica criterio differenziale
 - Cass. nn. 2538 e 3032/2005: no a criterio differenziale a) perché non necessariamente tutto lo 'sbilancio' è necessariamente riconducibile all'illecito degli amministratori; b) per il principio civilistico della necessità di provare il nesso di causalità; ma criterio differenziale recuperabile in sede di liquidazione equitativa del danno

Segue

- L'iter delle Sez. un. (segue)
 - Tale ultimo orientamento sembrava consolidato, ma Cass. nn. 5876 e 7606/2011 e App. Milano, 27.11.2014), pur riaffermando l'onere dell'attore di provare danno, illecito e nesso, inversione della prova quando la mancata tenuta della contabilità impedisce al curatore di provare il nesso di causalità (di qui il contrasto)
 - Prima affermazione Sez. un.: obbligo di allegazione dell'inadempimento degli amministratori; deve trattarsi di inadempimento 'qualificato', astrattamente efficiente alla produzione del danno
 - N.B.: si tratta di affermazione non nuova (anche se sconosciuta a una parte dei giudici che si è occupata di responsabilità degli amministratori); v. la nota Sez. un. n. 577/2008, in altro ambito e richiamata dalle Sez. un. del 2015

Segue

- L'iter delle Sez. un. (segue)
 - La mancata tenuta della contabilità non è inadempimento qualificato: potrà produrre danni minori, ma non il dissesto, «la contabilità registra gli accadimenti economici ... non li determina»
 - Affermazione ovvia, ma forse non per tutti scontata
 - Se così è, non è consentito neppure invertire l'onere della prova su danno e nesso sulla base del principio della c.d. prossimità (o vicinanza) della prova
 - Le Sez. un. (purtroppo) non prendono posizione su tale principio (applicazioni normative, v. art. 1, c. 2°, l. fall., e giurisprudenziali), né sulla sua esatta configurazione, perché nella specie mancherebbe un inadempimento astrattamente idoneo a provocare il danno; non sembrerebbero, però, aliene dall'ammetterne l'uso ove ci fosse l'allegazione di un inadempimento efficiente
 - N.B.: si può discutere – e si discute – se tra amministratori e soci, tra amministratori e curatore, gli amministratori si possano considerare più o meno vicini alla prova (nel senso di disponibilità della materialità della prova, o di paternità storica dei fatti?)
 - Certo ci sono degli inadempimenti, sicuramente qualificati, in relazione ai quali la prova per l'attore può divenire diabolica: si pensi al dovere di adottare e curare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili (art. 2381)

Segue

- L'iter delle Sez. un. (segue)
 - Postulare che l'amministratore debba rispondere dello sbilancio perché la mancata tenuta delle scritture ha reso difficile il compito ricostruttivo del curatore = funzione sanzionatoria del risarcimento
 - N.B.: le Sez. un. sembrano adombrare che nella materia *de qua* non sarebbe incompatibile con i principi generali dell'ordinamento una tale soluzione, oggi impossibile soltanto per la mancanza di una norma *ad hoc*

Segue

- L'iter delle Sez. un. (segue)
 - La difficoltà di provare puntualmente il danno e di quantificarlo giustifica però il ricorso all'art. 1226 (liquidazione in via equitativa del danno)
 - La mancanza delle scritture può giustificare, in tale contesto, il riferimento alla differenza tra attivo e passivo! Condizioni: indicazione delle ragioni che non hanno consentito la ricostruzione del nesso di causalità e della plausibilità logica del ricorso a tale criterio nel caso concreto

Segue

- In definitiva, ben poche le novità di Sez. un. n. 9100/2015
 - Applicazione alla responsabilità amministratori di quanto già consolidato in generale: obbligo dell'attore di allegare un inadempimento 'qualificato' = astrattamente efficiente alla produzione del danno denunciato (no mancata tenuta contabilità)
 - Forse qualche apertura al principio della vicinanza della prova
 - Qualche apertura – de iure condendo – su di una funzione sanzionatoria del risarcimento nella specie
 - Riconferma dell'applicabilità del criterio della differenza tra attivo e passivo, in sede di liquidazione equitativa del danno

Le azioni

- Sul terreno dell'esercizio delle azioni diversificazioni:
 - Tipo
 - S.p.a # s.r.l.
 - Promozione dell'azione sociale
 - » Azione della minoranza (art. 2393-*bis*) # azione del singolo socio (art. 2476)
 - » Pur non menzionata, anche nella s.r.l. azione promossa dalla società; necessità in analogia con disciplina s.p.a. di decisione dei soci (v. di recente Trib. Milano, 28.5.2015 e 12.1.2015) = condizione dell'azione
 - La questione dell'azione dei creditori sociali nella s.r.l. (applicazione analogica art. 2394? Azione aquiliana *ex art.* 2043?); v. anche responsabilità in sede di scioglimento e liquidazione
 - Non c'è spazio per approfondimenti
 - Stato società
 - La società fallita (nella s.p.a. quasi l'unica ipotesi di promozione azione sociale; velleitarietà dell'azione della minoranza)
 - L'azione (o le azioni?) del curatore *ex artt.* 2394-*bis* e 146, c. 2°, l. fall. (rinvio a Gianluca Guerrieri)
 - Settore di attività (rinvio a Mirone)

Segue

- Un tema: la rinuncia all'azione sociale (e la transazione)
 - Anche qui differenza tra s.p.a. e s.r.l.
 - S.p.a.: rinuncia da parte della società (espressa deliberazione assemblea) (art. 2393, c. 6°); rinuncia da parte dei soci nel caso di azione *ex art. 2393-bis* (c. 6°)
 - S.r.l.: sempre e soltanto rinuncia da parte della società (previa decisione dei soci) (art. 2476, c. 5°)
 - È pacifico che la rinuncia non possa che riguardare violazioni specifiche, mai rinuncia generale e preventiva (nullità): le norme sulla responsabilità hanno (anche) una funzione di deterrente nei confronti di una gestione negligente

Segue

- La rinuncia all'azione sociale (e la transazione) (segue)
 - Il problema della rinuncia senza preventiva deliberazione / decisione dei soci
 - La posizione della Supr. Corte (Cass., nn. 14963/2011 e 10869/1999): nullità assoluta e insanabile («*la delibera assembleare costituisce modo formale e inderogabile di espressione della volontà della società di cui non sono ammessi equipollenti*») per violazione artt. 2393, u.c., e 2476, c. 5°, norme inderogabili
 - Critica:
 - La contraddizione della Supr. Corte: per il caso speculare di promozione dell'azione di responsabilità, la delibera può intervenire sino alla sentenza
 - Art. 1399: *falsus procurator* e ratifica con effetto retroattivo; mera inefficacia; la società può disporre, nei limiti di legge, della rinuncia e, quindi è solo la società che può valutare come reagire alla violazione di legge

Segue

- La rinuncia all'azione sociale (e la transazione) (segue)
 - Il caso – frequente nella pratica – del patto parasociale in sede di vendita del pacchetto di maggioranza: i nuovi soci si obbligano a non promuovere azione di responsabilità nei confronti del venditore già amministratore
 - La posizione della Supr. Corte (Cass., n. 10215/2010)
 - Nullità del patto
 - » Il socio non potrebbe votare in conflitto d'interessi = non può disporre del diritto di voto per un interesse in contrasto con quello sociale
 - » Violazione artt. 2392 e 2393 norme imperative
 - La conseguenza potenzialmente deflagrante: nullità dell'intera operazione di vendita delle azioni/quote

Segue

- La rinuncia all'azione sociale (e la transazione) (segue)
 - Il caso – frequente nella pratica – del patto parasociale in sede di vendita del pacchetto di maggioranza: i nuovi soci si obbligano a non promuovere azione di responsabilità nei confronti del venditore già amministratore (segue)
 - Critica alla posizione della Supr. Corte
 - L'accordo riguarda la gestione passata (disposizione del diritto di credito maturato dalla società) = artt. 2393, u.c. e 2476, c. 5°, consentono tale disposizione
 - Premesso che gli artt. 2373 e 2479-ter non vietano al socio in conflitto di votare, il patto parasociale (valore meramente obbligatorio) non è mai contrario all'interesse sociale, lo potrà semmai essere la delibera concretamente assunta
 - La soluzione (v. anche Trib. Roma, 28.9.2015)
 - Sempre valido il patto con riferimento alla gestione passata
 - Nullità patto di rinuncia preventiva all'esercizio dell'azione di responsabilità
 - » Qui sì svuotamento funzione artt. 2392 e 2393 di deterrente nei confronti di una gestione negligente
 - » Contrarietà art. 1229 (esonero da responsabilità per dolo o colpa grave