

Commissione Tax&Legal, Approfondimenti, settembre 2019***a cura di Cosimo Di Bitonto e Luca Marasco (RASS – Studio Legale Rinaldi e Associati)*****La responsabilità degli amministratori non esecutivi di s.p.a. anche in relazione a condotte omissive****Il caso**

Con la recente sentenza in commento (App. Milano, 10 giugno 2019), la Corte di Appello Ambrosiana si è recentemente occupata della responsabilità di amministratori e sindaci per atti di cattiva gestione (c.d. “*mala gestio*”) in relazione a condotte omissive relative all’esercizio delle funzioni di amministrazione e controllo di s.p.a. con sistema di amministrazione di tipo tradizionale (i.e., non dualistico o monistico) basato su di un c.d.a. nominante organi delegati.

In particolare, la società attrice, sottoposta a una procedura concorsuale di amministrazione straordinaria, riteneva i propri amministratori e sindaci responsabili della perdita integrale del capitale sociale e dell’illegittima prosecuzione dell’attività sociale, in luogo della messa in stato di scioglimento.

Ai fini del presente commento rileva il tema della posizione degli amministratori “non esecutivi”, per il quale, in primo grado, il Tribunale di Milano, Sez. specializzata Imprese, aveva accertato la responsabilità in capo ad un solo amministratore “non esecutivo” per non aver sollecitato l’immediata messa in liquidazione della società, a fronte dei dati rovinosi di gestione.

La decisione**Il dovere di agire informati degli amministratori non esecutivi**

La Corte ha confermato la sentenza del Giudice di prime cure con un *iter* argomentativo composito e coerente con la giurisprudenza di legittimità in materia, segnalandosi peraltro per un’apprezzabile ricostruzione organica degli obblighi gravanti sugli amministratori di s.p.a. e, in particolare, sullo specifico dovere degli amministratori privi di deleghe di agire informati, introdotto dalla riforma societaria del 2003, in luogo del previgente dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione.

Applicando, pertanto, le consuete regole della colpa, i Giudici Ambrosiani hanno accertato come fosse concretamente esigibile dall’amministratore non esecutivo un comportamento positivo lecito - idoneo ad impedire l’aggravamento del dissesto societario (ossia la sollecitazione di una ricapitalizzazione o della messa in liquidazione della società) - in alternativa al comportamento omissivo effettivamente tenuto (ossia, la mera inerzia), alla stregua della diligenza professionale richiesta dall’art. 1176, comma secondo, c.c. (e non della diligenza media del “buon padre di famiglia”).

In particolare, nelle circostanze del caso concreto, l’amministratore non esecutivo versava in colpa per non aver diligentemente sollecitato la predisposizione della relazione semestrale e, successivamente a tale relazione, per non aver valutato il concreto rischio di perdita del capitale sociale, nonostante – come si legge in motivazione - “*significativi e non trascurabili segnali d’allarme*”; in particolare, “*la perdita di circa 1 milione di Euro al mese non poteva, infatti, considerarsi sostenibile dalla società, in assenza di specifici provvedimenti volti ad imprimere una significativa inversione del trend negativo, pena l’integrale dissoluzione del capitale sociale*”.

prima della fine dell'anno".

Punto rilevante è quindi che la posizione di negligenza nella gestione da parte di un amministratore, mediante violazione di un obbligo positivo di fare (ossia, di attivarsi e non rimanere inerti, al manifestarsi di c.d. “segnali di allarme”, secondo l’espressione in voga tra gli operatori e studiosi del diritto societario), non viene meno a causa dell’assenza di deleghe gestorie. Ciò pure a seguito della riforma societaria del 2003, la quale ha escluso l’esistenza di un generale dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione in capo agli amministratori “non esecutivi”; ma, nel contempo, da una parte, non ha abrogato l’obbligo dell’amministratore di adempiere con la diligenza del buon professionista (art. 2392, comma primo, c.c.), dall’altra, ha introdotto comunque il nuovo dovere di agire in modo informato ai sensi dell’art. 2381, comma 6, c.c., per il quale, non solo “[g]li amministratori sono tenuti ad agire in modo informato” (prima parte), ma inoltre “ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società” (seconda parte).

Al riguardo, il provvedimento qui annotato si colloca nel solco della interpretazione che la stessa giurisprudenza, anche di legittimità, ha fornito dell’art. 2381, comma sesto c.c., il quale diviene fonte di un obbligo di condotta positiva quando l’amministratore avrebbe dovuto rilevare la presenza di “segnali d’allarme”.

Infatti, tale dovere di agire informato si ricollega al principio di responsabilità solidale degli amministratori previsto dall’art. 2392, comma secondo, c.c., come segue: “*in ogni caso gli amministratori [...] 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*”.

In sostanza, sebbene non sia più prescritto sul piano normativo un espresso obbligo di vigilanza generale, tuttavia sugli amministratori, ancorché non esecutivi, grava, comunque, un generale obbligo di amministrazione diligente, che reca in sé un ineliminabile dovere di agire in modo informato in riferimento all’operatività gestionale degli amministratori esecutivi, muniti di deleghe.

Ne deriva che, come ribadito dalla Corte Ambrosiana, gli amministratori privi di deleghe: (a) sono responsabili ove “*colposamente non abbiano rilevato i segnali dell’altrui illecita gestione, pur percepibili con la diligenza della carica*” (cfr. anche Cass. n. 22848/2015); (b) per andare esenti da responsabilità, devono dar prova di “*aver sollecitato gli stessi amministratori delegati all’adozione di idonei rimedi per impedire il compimento di atti pregiudizievoli, ovvero per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose*” o, in termini più generali, di “*avere tenuto la condotta attiva dovuta o la causa esterna che abbia reso non percepibili quei segnali o impossibile qualsiasi condotta attiva mirante a scongiurare il danno*” (cfr. anche Cass. n. 9546/2018): ossia, quanto meno, la sollecitazione di una ricapitalizzazione, laddove possibile, oppure dello scioglimento e messa in liquidazione della società.

Il dovere di gestione conservativa in caso di avveramento di una causa di scioglimento (in particolare, perdita del capitale sociale)

Altro tema da segnalare su cui la Corte si è soffermata riguarda la tipologia di contegno, commissivo od omissivo, che deve assumere un amministratore di s.p.a., anche non esecutivo, in caso di avveramento di una causa di scioglimento (qual è la perdita del capitale sociale), alla luce dell’art. 2486 c.c., ai sensi del quale: “*Al verificarsi di una causa di scioglimento [...], gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale*” (comma 1) e “*sono personalmente e*

solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del [dovere di mera gestione conservativa]” (comma 2).

Al riguardo, secondo i Giudici Ambrosiani, l’obbligo di gestire la società ai soli fini di conservare l’integrità e il valore del patrimonio sociale non può consistere esclusivamente in condotte commissive, alla luce del chiaro tenore del citato art. 2486, comma secondo, c.c., il quale espressamente statuisce la responsabilità personale e solidale degli amministratori non solo per “atti”, ma anche per “omissioni”.

La pronuncia in oggetto conferma, dunque, che la violazione del canone di comportamento di cui all’art. 2486 c.c. non consiste solo nello “svolgimento di operazioni attive di fatto dannose per il patrimonio sociale, ma anche [nel] mancato svolgimento di operazioni necessarie al fine della conservazione della situazione patrimoniale”, attribuendo così rilevanza anche a comportamenti omissivi. Del resto, costituisce un principio generale degli atti illeciti (espressamente fissato in ambito penale, ma anche in ambito civile), quello per cui “non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo” (art. 40, comma 2, c.p.): principio della c.d. “clausola di equivalenza”.

In tal senso, l’art. 2486 c.c. mira ad evitare l’evento di danno (nel caso di specie, la mancata conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale), senza pretendere specifiche modalità di condotta a carattere esclusivamente commissivo (“fare”), ma dando rilievo pure a condotte a carattere omissivo (“non fare”).

Ne deriva che la gestione conservativa della società, già sul piano sistematico, può verificarsi con qualunque condotta, commissiva od omissiva. Per converso, ben può configurarsi una responsabilità omissiva per la violazione di tale obbligo, purché causalmente collegata al danno provocato alla società (c.d. “giudizio controfattuale”).

Conclude infatti la Corte che “anche il comportamento omissivo imputato [all’amministratore] integra i presupposti della sua responsabilità colpevole”, soprattutto in considerazione del fatto che “nel caso di specie, la gestione conservativa della società non si poteva sostanziare nella mera omissione di condotte volte ad assumere nuovo rischio di impresa, ma si doveva tradurre anche in alcune necessarie condotte attive, indirizzate alla tutela del patrimonio della società messo in gravissimo pericolo da un trend estremamente negativo”, condotte della cui omissione è stato ritenuto responsabile l’amministratore privo di deleghe.

Conclusioni

La sentenza in commento applica coerentemente gli orientamenti della Corte di Cassazione in materia di responsabilità degli amministratori privi di deleghe all’interno di una s.p.a., ribadendo con motivazione netta e chiara che essi sono responsabili per qualunque condotta contraria ai loro obblighi di amministrazione diligente, consistenti non solo nella rilevazione dei segnali di dissesto e nella sollecitazione dei poteri di intervento da parte degli amministratori delegati, ma anche nel compimento da parte propria o pure anche nella sollecitazione del compimento da parte altrui (in primo luogo, degli amministratori delegati) di tutte le operazioni necessarie, al fine della conservazione del patrimonio sociale, sottolineando che le condotte di “cattiva gestione” ben possono configurarsi – per gli amministratori non esecutivi ed esecutivi - in forma meramente omissiva.