

Le tipologie di responsabilità degli amministratori

avv. fleur casanova

Premessa

Prima di esaminare le tipologie di responsabilità che sussistono in capo agli amministratori delle società e nello specifico delle società cooperative, è necessario delineare chi sono i soggetti che all'interno delle medesime ricoprono la qualifica di amministratori, quali sono in linea generale i poteri loro attribuiti e i doveri cui sono chiamati, doveri da cui discendono le varie responsabilità, oggetto del convegno di oggi, per le quali tratteggerò sotto il profilo civilistico i tratti essenziali che verranno poi approfonditi dagli altri oratori.

Da ultimo infine, nell'ottica di un diritto e di un operare sociale che assumono e assumeranno sempre più una valenza che valica i confini nazionali, si rappresenterà per brevi cenni un raffronto tra la responsabilità degli amministratori delle società a responsabilità limitata italiane rispetto al GbmH tedesche.

1. Individuazione degli amministratori

L'articolo 2519 del codice civile stabilisce che: *“alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni. L'atto costitutivo può prevedere che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore a un milione di euro”*.

Sulla base di questo presupposto effettuiamo quindi una prima distinzione tra la disciplina dettata per le s.p.a. e le s.r.l., evidenziando quali sono le peculiarità relative alle società cooperative.

L'amministrazione nelle s.p.a.

Salvo diverse previsioni statutarie, l'amministrazione e il controllo di una s.p.a. sono regolati in base al sistema tradizionale.

Questo è caratterizzato dalla presenza di due organi, entrambi di nomina assembleare: l'organo amministrativo e il Collegio Sindacale con funzioni precise e non sempre obbligatorio.

A seguito della riforma del diritto societario invece la revisione legale dei conti è affidata *ex lege* a un organo esterno alla società il quale è egualmente promanazione della volontà assembleare.

L'organo amministrativo nella sua struttura potrà essere formata da una sola persona (l'Amministratore Unico) ovvero da una pluralità di persone che vanno a comporre il Consiglio di Amministrazione (trattasi della maggioranza dei casi).

Sussistono, specificamente disciplinate dalle norme del codice civile, cause di ineleggibilità e cause di incompatibilità per i soggetti chiamati a divenire amministratori: le prime comportano la decadenza dall'ufficio (si ricorda ad esempio, l'impossibilità di nomina per l'interdetto, l'inabilitato o il fallito), le seconde invece non rendono invalida la delibera di nomina ma impongono al soggetto la scelta tra l'uno o l'altro ufficio.

Sempre con riferimento alle qualità degli amministratori, lo statuto può subordinare, ai sensi dell'art. 2387 c.c., l'assunzione della carica a speciali requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, anche con riferimento ai requisiti che siano previsti o individuati in codici di comportamento predisposti dalle associazioni di categoria o di società di gestione dei mercati regolamentati.

Inoltre nell'ambito cooperativo e considerata la peculiare specificità di tale forma societaria, è previsto che la maggioranza degli amministratori debba essere scelta tra i soci cooperatori ovvero tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche.

L'art. 2542 c.c. tra l'altro, prevede inoltre la possibilità che uno o più amministratori siano scelti tra gli appartenenti a diverse categorie di soci, in proporzione all'interesse che ciascuna categoria ha nell'attività sociale, in tal modo, pur rimanendo ferma la competenza e il potere dell'organo assembleare, viene a disciplinarsi l'elettorato passivo in maniera tale che gli amministratori potranno essere espressione di ogni categoria della compagine sociale.

La cessazione degli amministratori dal loro incarico può avvenire per scadenza del termine; revoca; rinuncia e decadenza.

Nell'ipotesi di scadenza del termine la cessazione ha effetto soltanto dal momento in cui il Consiglio di Amministrazione è stato ricostituito dall'Assemblea, ne consegue che gli amministratori scaduti rimangono in carica, con pienezza di poteri (e di responsabilità), fino all'accettazione della nomina da parte dei nuovi eletti.

Nell'ipotesi di rinuncia, fermi gli adempimenti formali, questa ha effetto immediato se rimangono in carica la maggioranza degli amministratori, in caso contrario dal momento in cui la maggioranza viene ricostituita.

Nell'ipotesi di cessazione dell'Amministratore Unico o di tutti gli amministratori, compete al Collegio Sindacale la convocazione d'urgenza dell'Assemblea per la ricostituzione dell'organo amministrativo, e *medio tempore*, al fine di evitare un totale vuoto di poteri, il Collegio Sindacale può compiere gli atti di ordinaria amministrazione.

Il Consiglio di Amministrazione

Nell'ipotesi in cui l'organo amministrativo sia composto da un Consiglio di Amministrazione, quest'ultimo eleggerà in suo seno il Presidente, salva l'ipotesi in cui lo Statuto preveda che anche questi sia eletto dall'Assemblea.

Qualora sia sempre previsto statutariamente, il Consiglio di Amministrazione, può delegare proprie attribuzioni a un Comitato Esecutivo, organo collegiale composto da alcuni suoi membri o ad uno o ad alcuni componenti del Consiglio, i quali verranno indicati come Consiglieri Delegati.

Nell'ambito cooperativo, oltre alle attribuzioni già previste *ex lege* (ad esempio artt. 2420*ter*, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501*ter* e 2506*bis*) non possono mai essere delegati i poteri in materia di ammissione, recesso esclusione dei soci nonché le decisioni che incidono sui rapporti mutualistici con i soci.

La *ratio* di tale previsione è quella di riaffermare e rafforzare il principio di collegialità dell'organo amministrativo nelle ipotesi in cui le decisioni cui è chiamato a pronunciarsi incidono su profili importanti sia per quanto attiene all'organizzazione sociale sia, e questo è certamente l'elemento più pregnante, per quanto concerne il rapporto mutualistico tra la società e i soci, il quale è elemento fondante e centrale nel sistema cooperativo.

L'attribuzione di deleghe non svuota comunque di poteri (né di responsabilità) il Consiglio di Amministrazione, questi invero in primo luogo determina il contenuto, i limiti e eventualmente le modalità di esercizio delle deleghe; in secondo luogo può sempre impartire direttive o avocare a sé operazioni anche rientranti nella delega; in terzo luogo ha il compito di valutare ed esaminare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, nonché sulla base delle relazioni dei delegati, il generale andamento della gestione.

Soggetti delegati che appunto hanno l'onere di riferire al Consiglio di Amministrazione e al Collegio Sindacale, nei termini fissati dallo Statuto e comunque entro ogni 6 mesi, sul generale andamento della gestione, sull'evoluzione prevedibile e le operazioni di maggior rilievo che la società abbia operato.

Il Collegio Sindacale

Il Collegio Sindacale è composto da tre o cinque membri effettivi che possono essere soci o non soci, oltre a due sindaci supplenti.

Con riferimento ai requisiti di professionalità nell'ambito del Collegio Sindacale è necessario distinguere tra il caso in cui venga svolto solo il controllo sull'amministrazione ovvero anche la revisione legale dei conti, la legge prevede nelle due ipotesi diversi requisiti puntualmente disciplinati dagli art. 2397, comma 2 e 2409*bis* c.c.; considerate le peculiarità di

tale organismo e le qualifiche di appartenenza richieste è previsto che la perdita dei requisiti di professionalità sia causa di decadenza dall'ufficio.

Sempre in ragione dell'indipendenza che deve caratterizzare il ruolo dei sindaci all'interno delle società sono inoltre previste delle cause peculiari di ineleggibilità (ad esempio i rapporti di coniugi, di affinità entro il quarto grado con gli amministratori della cooperativa, ovvero coloro che siano legati alla stessa da rapporti di lavoro) le quali possono essere anche ampliate dallo Statuto e la cui presenza comporta la decadenza dalla nomina.

Nell'ambito cooperativo non è sempre obbligatoria la nomina del Collegio Sindacale, tale obbligo sorge qualora intervengano alcune ipotesi nella vita della cooperativa: - qualora il capitale sociale non sia inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni; - qualora per due esercizi consecutivi siano stati superati dei limiti economici e occupazionali; - qualora la cooperativa emetta strumenti finanziari non partecipativi.

La *ratio* che ha determinato il legislatore a tale previsione è da ricercarsi nell'esigenza di salvaguardare le cooperative di piccole dimensioni rispetto a costi eccessivi, considerato che per le società cooperative permane l'obbligo del contributo per la revisione cooperativa eseguita a opera del Ministero delle attività produttive o dell'associazione nazionale di rappresentanza cui la cooperativa aderisce e comunque la soggezione alle ispezioni straordinarie.

Compito precipuo del Collegio Sindacale è il controllo sull'amministrazione della società, controllo che si estende a tutta l'attività sociale, con la finalità di garantire che questa venga svolta nel rispetto della legge e dell'atto costitutivo, oltre ai generali principi di corretta amministrazione.

I sistemi di amministrazione alternativi

Le s.p.a. hanno inoltre la possibilità di scegliere, oltre al modello tradizionale, due ulteriori modelli di *governance*: il sistema dualistico e il sistema monistico.

Il sistema dualistico

Tale sistema si fonda sulla coesistenza di un Consiglio di Sorveglianza nominato dall'Assemblea e di un Consiglio di Gestione nominato e controllato dal Consiglio di Sorveglianza, nonché sull'esistenza, senza esclusioni, del revisore legale dei conti.

La caratteristica peculiare di questo sistema è rappresentata dalla figura del Consiglio di Sorveglianza, al quale sono attribuite le funzioni del Collegio Sindacale oltre alcuni compiti che tradizionalmente spettano all'Assemblea, quali, per citarne alcuni: in via esclusiva la nomina e la revoca dei consiglieri di gestione, la determinazione del compenso e l'approvazione del bilancio, e in concorrenza con l'organo assembleare, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

In ragione di queste attribuzioni il Consiglio di Sorveglianza assume dei poteri particolarmente incisivi, esercitando non solo un controllo di legalità sostanziale ma anche di merito, in quanto la possibilità di revoca dei consiglieri di gestione è manifestazione del potere di ingerenza anche sulla gestione della società e sulla soddisfazione o meno dei risultati conseguiti.

Nell'ambito cooperativo questo sistema di *governance*, può essere funzionale rispetto alle cooperative che abbiano una compagine sociale molto diffusa in quanto rispondente alle esigenze di rappresentatività degli interessi cooperativi, invero nelle società che presentino una base sociale molto ampia è ragionevole e plausibile che l'Assemblea dei soci deleghi ad altri soci il compito professionale di supervisionare l'amministrazione della società.

Che tale sistema sia applicabile anche alle cooperative discende dal combinato disposto degli art. 2519 c.c. e 2544 cc., tuttavia, considerata la necessità di salvaguardare le caratteristiche specifiche del sistema cooperativo, sono stati disposti quelli che potremmo chiamare correttivi o deroghe: in particolare si fa riferimento alla circostanza che i componenti del Consiglio di Sorveglianza debbano essere scelti tra i soci operatori (mentre l'art. 2409 *duodecies*, secondo comma, prevede la possibilità che siano anche soggetti non soci), inoltre alla parte della dottrina ritiene che

ulteriore deroga si estenda alle cause di ineleggibilità per i soci cooperatori, ritenendo che la norma dell'art. 2544, comma 2, del c.c. debba considerarsi norma speciale che andrebbe a derogare l'art. 2399 c.c.

Il sistema monistico

Tale sistema, di ispirazione anglosassone, prevede un modello di amministrazione che nella sostanza si differenzia solamente per alcuni aspetti da quello tradizionale: principalmente l'impossibilità di affidare all'amministrazione a un Amministratore Unico e l'eliminazione del Collegio Sindacale.

Il tratto essenziale di questo modello di *governance* è da rinvenirsi nella concentrazione sia dell'amministrazione che del controllo, tra i componenti dello stesso organo, ovvero il Consiglio di Amministrazione.

Non può tacersi che pur presentandosi come struttura più semplice, soprattutto nell'ambito di assetti societari di ridotte dimensioni, il medesimo presenta dei caratteri di ambiguità, in ragione della circostanza che i componenti del Comitato per il controllo della gestione (che viene individuato all'interno del medesimo Consiglio di Amministrazione) sono chiamati a controllare appunto una gestione, alla quale hanno preso parte, anche se non in forma operativa, e per la quale sono responsabili.

La relazione al decreto legislativo di riforma del diritto societario ha comunque sottolineato come il sistema monistico *"tenda a privilegiare la circolazione delle informazioni tra l'organo amministrativo e l'organo deputato al controllo, conseguendo risparmi di tempo e di costi e un'elevata trasparenza tra gli organi di amministrazione e di controllo"*.

L'amministrazione nelle s.r.l.

In tali forme societarie la *governance* è tipicamente caratterizzata dalla presenza dell'organo amministrativo e del Collegio Sindacale, entrambi di nomina assembleare.

L'atto costitutivo della società andrà a specificare il sistema di amministrazione adottato, e in tale ambito l'autonomia statutaria presenta caratteri molto ampi, invero il modello legale opererà esclusivamente in assenza di diverse previsioni statutarie.

Nell'ambito dell'autonomia statutaria, ad esempio, la libertà di scelta può riflettersi nel metodo in base al quale gli amministratori devono agire, nel bilanciamento di poteri tra organo gestorio e organo deliberativo con una relativa ripartizione di competenze.

Le parti sociali possono anche stabilire differenti modalità di adozione delle decisioni nell'ambito del Consiglio di Amministrazione, optando non per il metodo collegiale ma per la consultazione scritta o sulla base del consenso scritto.

Ne consegue che l'organo amministrativo potrà assumere diverse caratteristiche in ragione delle scelte statutarie: potremo quindi avere un Amministratore Unico, un Consiglio di Amministrazione, oppure alternativamente un Amministratore Unico e un Consiglio di Amministrazione.

Per quanto concerne le cause di ineleggibilità e incompatibilità, la riserva a favore dei soci cooperatori o di particolari categorie di soci, anche in assenza di specifica disciplina normativa, debbono ritenersi applicabili le regole dettate per le società per azioni.

Si segnala con riferimento alle ipotesi di cessazione degli amministratori, valgono le medesime ipotesi già esaminate nell'ambito delle cooperative s.p.a., tuttavia la disciplina di tali ipotesi, non avendo una specifica previsione normativa nelle s.r.l., è rimessa all'autonomia statutaria, la quale beninteso dovrà sempre essere soggetta al rispetto delle norme inderogabili generalmente previste dall'ordinamento giuridico.

Infine con riguardo agli organi di controllo, alle s.r.l. si applicano le disposizioni dell'art. 2477 del c.c., il quale è stato oggetto di ultima relativamente recente modifica nel 2014.

Questa norma in particolare prevede la facoltà, sempre previa disposizione statutaria, di nomina del Sindaco unico o, su opzione, del Collegio Sindacale o del revisore nei casi in cui non vi sia l'obbligo legale di nomina.

A livello interpretativo la dottrina ha ritenuto che la società abbia la massima autonomia nella scelta tra organo di controllo o revisore e altrettanta nelle funzioni che intende attribuire al soggetto così individuato. Diversa ovviamente l'ipotesi della nomina obbligatoria, secondo l'opinione prevalente in dottrina, in questo caso la società qualora nomina un Sindaco Unico o un Collegio Sindacale, sarà comunque chiamata a rispettare le disposizioni previste per le s.p.a.

Gli amministratori di fatto

Le ipotesi che sono state esaminate nei capi precedenti possono considerarsi come le situazioni ordinarie relative all'amministrazione delle società.

Tuttavia è necessario prendere, seppur con un breve cenno, in considerazione, anche la fattispecie, esistente seppur non virtuosa, dei c.d. "amministratori di fatto".

La figura dell'amministratore di fatto ricorre nei casi in cui un soggetto non formalmente investito della carica si ingerisce egualmente nell'amministrazione, esercitando (di fatto) i poteri propri inerenti alla gestione della società, riferimento alla configurazione di tale soggetto si rinviene anche nell'art. 2639 del c.c. il quale identifica il medesimo come *colui che esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*.

La dottrina ha enucleato specificamente le condizioni al ricorrere delle quali sussiste la figura dell'amministratore di fatto: - assenza di un'efficace investitura assembleare; - attività esercitata continuativamente; - esercizio di funzioni riservate alla competenza degli amministratori di diritto; - autonomia decisionale rispetto agli amministratori di diritto (non di carattere alternativo o surrogatorio, ma ancorché collaborativa e non subordinata).

La giurisprudenza con riferimento alle responsabilità in ambito civile degli amministratori di fatto, è rimasta per un certo lasso di tempo ancorata a un'interpretazione restrittiva dell'istituto, richiedendo che vi fosse stata una qualche investitura, sia pure irregolare o implicita, in questo senso: Cass. n° 234/1984 e Cass. n° 6514/1998.

L'evoluzione giurisprudenziale si è diretta invece nel senso della prevalenza del contenuto delle funzioni concretamente esercitate sulla mera qualificazione formale del rapporto (Cass. n° 1925/1999 e Cass. n° 9795/1999).

Interpretazione ormai costante che si è ulteriormente affinata nelle pronunce della Suprema Corte di Cassazione, la quale con una recente sentenza del 2015 (Cass. n° 51091/2015) ha acclarato che la nozione di amministratore di fatto, pur presupponendo l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale, non comporta necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione.

Ne consegue pertanto che: *"la prova della posizione di amministratore di fatto si traduce nell'accertamento di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive – in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società, quali sono i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti ovvero in qualunque settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare"*, accertamento che non dovrà invece provare l'esercizio *"di tutti i poteri propri dell'amministratore di una società"*.

Orientamento richiamato anche da recentissima sentenza in materia di responsabilità per bancarotta, pronunciata dalla Cass. Pen., Sez. V, n° 12272 del 14.03.2017.

2. Individuazione dei compiti e dei doveri in capo agli amministratori

Compiti degli amministratori

Nella trattazione odierna ci soffermeremo nell'individuazione e analisi dei compiti in capo agli amministratori nell'ambito della gestione della società e in particolare nelle società cooperative per l'attuazione dell'oggetto sociale che prevede l'attribuzione di specifiche competenze.

Anche in questo caso opereremo una distinzione tra s.p.a. e s.r.l. con specifica delineazione di quanto dettato espressamente in tema di società cooperative.

S.p.a.

L'ambito di competenza degli amministratori, nelle s.p.a., è di carattere generale, in contrapposizione alla competenza speciale dell'organo assembleare, il loro potere decisionale è un potere esclusivo, che si estende a ogni tipologia di atti, volti a conseguire l'oggetto sociale, che non siano rimessi espressamente alla competenza dell'Assemblea.

Questo sta a significare che nelle s.p.a., non sono ammissibili clausole statutarie che riservino all'Assemblea la competenza decisionale su particolari operazioni di gestione (ad esempio, l'acquisto o l'alienazione di partecipazioni o di aziende), lo Statuto può invece prevedere, ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n° 5 che l'Assemblea venga chiamata a conferire autorizzazione per il compimento di determinati atti di gestione, circostanza che non esonera in ogni caso gli amministratori dalla responsabilità per gli atti compiuti.

Entrando nel dettaglio delle specifiche competenze, ai sensi dell'art. 2365 c.c. è possibile, è sarà sempre lo Statuto a regolamentare un tanto, che all'organo amministrativo vengano attribuiti competenze tipiche dell'Assemblea straordinaria, per riportare alcuni esempi: l'aumento del capitale sociale (art. 2443 c.c.); l'adeguazione dello Statuto a disposizioni normative; l'indicazione delle cariche amministrative che conferiscano il potere di rappresentanza.

In queste ipotesi sarà necessario l'intervento notarile per la verbalizzazione e il controllo di legalità sulle deliberazioni assunte.

In ambito cooperativo inoltre, le norme del codice civile, prevedono delle peculiari competenze che caratterizzano la figura dell'amministratore, ne ricordiamo le maggiormente paradigmatiche: - gli amministratori, qualora non siano già parte integrante dello Statuto, predispongono i regolamenti che disciplinano i rapporti tra la società e i soci e che determinano i criteri e le regole inerenti allo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci (tali regolamenti saranno poi oggetto di approvazione da parte dell'assemblea con le maggioranze previste per le assemblee straordinarie); - gli amministratori decidono sulla domanda di ammissione dell'aspirante socio (ferma restando la possibilità di quest'ultimo di ricorrere all'Assemblea, ai sensi dell'art. 2528 del c.c.); - agli amministratori e ai sindaci, compete di indicare specificamente nella loro relazione, in occasione dell'approvazione del bilancio di esercizio, "i criteri seguiti nella gestione sociale, per il conseguimento dello scopo mutualistico, ai sensi dell'art. 2545 c.c. – infine, si ricorda che nel caso di perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente, ai sensi dell'art. 2545 *octies*, 1 comma, c.c., è di competenza degli amministratori, sentito il parere del revisore legale esterno, di redigere il bilancio al fine di determinare il valore effettivo dell'attivo patrimoniale".

Agli amministratori infine è attribuita la rappresentanza della società, generalmente è conferita al Presidente del Consiglio di Amministrazione, e quando non ne sia prevista la nomina, al consigliere delegato o ai consiglieri delegati.

Qualora lo Statuto preveda che la rappresentanza competa a più amministratori, deve essere stabilito come questi possano agire: disgiuntamente ovvero congiuntamente.

Nell'ambito della società cooperativa la rappresentanza può essere attribuita anche ai Direttori Generali ovvero, in base a procura rilasciata agli amministratori stessi, ai dipendenti della società o a mandatarî *ad hoc* per il compimento di specifici atti.

Da ultimo con riguardo alla rappresentanza è importante sottolineare che questa ha carattere generale, pertanto gli atti posti in essere nel nome della società dagli amministratori dotati di tale potere, vincolano la società nei confronti dei terzi, senza che ai terzi, in ragione dell'affidamento che l'ordinamento giuridico riconosce al terzo di buona fede, possa essere opposto che l'atto dell'amministratore non sia pertinente all'oggetto sociale.

S.r.l.

Nelle s.r.l. i poteri degli amministratori possono essere modellati con ampia autonomia dallo Statuto, in queste forme societarie invero non esiste la riserva esclusiva all'organo amministrativo dei poteri gestori, i quali potrebbero, anche in larga misura, essere attribuiti ai soci.

Si rileva che in particolare lo Statuto, anche in presenza di un organo amministrativo eletto dai soci, potrebbe riservare, sottraendole quindi agli amministratori, rilevanti competenze gestorie che verrebbero quindi demandate alla collettività dei soci, le cui decisioni verrebbero assunte poi con le modalità di cui all'art. 2479 c.c.

Rispetto alle competenze specifiche per gli amministratori di cooperative, delle quali alcune sono state richiamate poco sopra, non vi sono elementi di differenziazione rispetto alle s.p.a.

Anche con riferimento alla rappresentanza, l'atto principe cui è necessario fare riferimento per l'individuazione delle norme a essa relative, è lo Statuto, rappresentanza che ai sensi dell'art. 2475 *bis* spetta agli amministratori.

In tale ambito preme da ultimo evidenziare che le limitazioni derivanti dal contratto sociale o dall'atto di nomina sono opponibili ai terzi solo in caso di dolo, ancorché pubblicate sul registro delle imprese, ai sensi del sopra citato articolo. *Ratio* della norma è anche in questo caso volta all'affidamento del terzo di buona fede.

La giurisprudenza e la dottrina ha affermato che il principio dell'inopponibilità ai terzi di buona fede: - trova applicazione quando lo Statuto prevede ad esempio l'obbligo della firma congiunta degli amministratori, ravvisando in tale previsione una limitazione dei poteri; (Cass. n° 12420/1995); - trova applicazione in riferimento alle ipotesi di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere di gestione (Cass. n° 13442/1995) – non riguarda invece le ipotesi di mancanza assoluta di potere né le limitazioni determinate dalla legge, ovvero le operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci (D'Ambrosio).

Sotto il profilo strettamente giuridico il negozio concluso in mancanza di poteri è annullabile e il vizio è rilevabile esclusivamente dalla parte interessata.

I doveri degli amministratori

L'analisi sui doveri che sussistono in capo agli amministratori deve avere come punto di partenza l'obbligo di diligenza che grava appunto sull'amministratore.

A seguito della riforma del diritto societario la diligenza richiesta all'amministratore non è più la diligenza del mandatario bensì la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, si richiederà quindi al soggetto investito del potere gestorio la diligenza tipica del gestore professionale nonché un'attività improntata alla perizia, prudenza ed avvedutezza richiesta per il compimento delle tipiche attività gestorie ed anche del controllo sull'operato dei terzi (ovvero degli altri amministratori), diligenza che in ambito cooperativo deve ritenersi ancor più pregnante considerata la riserva a favore dei soci rispetto alle cariche amministrative.

Deve aggiungersi inoltre che l'adempimento dell'obbligo, di cui all'art. 2381, ultimo comma, c.c. di "agire in modo informato", debba intendersi come una specificazione dell'obbligo generale di diligenza, implicitamente vada a costituire un *surplus* ovvero sia la circostanza che l'amministratore provveda ad accettare la carica nei casi in cui ritenga di poter essere competente ad esercitarla.

Rimane inteso che l'esigibilità in capo all'amministratore della diligenza gestoria non impedisce che la stessa non possa essere integrata con l'ausilio di pareri e di esperti, tuttavia il ricorso a questi non va a determinare una esclusione di responsabilità rispetto alle scelte poi concretamente e autonomamente operate, salva una puntuale valutazione di quella che potrebbe essere la ragionevolezza dell'affidamento riposto in un terzo, il quale tuttavia non entra, né può entrare, nel processo decisionale dell'amministratore.

Tra i doveri che incombono sugli organi amministrativi dottrina e giurisprudenza ritengono che la correttezza dell'amministrazione sociale e l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, vadano oggi a costituire due delle più importanti clausole generali del diritto societario, la cui riforma ha ampliato il novero degli

obblighi di carattere generale: si pensi al dovere di agire in modo informato, al dovere di riservatezza, ai doveri di comunicazione, astensione e motivazione.

A tali dati normativi specificamente previsti, si ritiene interessante analizzare un orientamento dottrinario in base al quale sussisterebbe un primario dovere in capo agli amministratori, collocato in diverso contesto normativo, ovvero il principio di corretta amministrazione, che l'art. 2403 c.c. pone tra i compiti di verifica del Collegio Sindacale e conseguentemente dovrebbe ritenersi gravare sull'attività degli amministratori.

Principio la cui precisa declinazione si espliciterebbe negli obblighi di creazione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Consequentemente si andrebbe a ritenere che il contenuto della prestazione principale richiesta agli amministratori sarebbe quella della corretta amministrazione, mentre il principio di diligenza andrebbe ad assumere il ruolo di strumento di misurazione del grado di adempimento dell'obbligo di amministrare correttamente.

Obbligo di corretta amministrazione che andrebbe a incidere anche con riferimento al profilo dinamico della gestione sociale, ovvero rispetto all'attività di impresa: le scelte discrezionali della società potranno considerarsi insindacabili, con l'applicazione del generale principio della *business judgement rule*, qualora rispondano ai generali criteri di razionalità economica posti dalla scienza aziendale e siano congruenti e compatibili con le risorse e il patrimonio di cui la società dispone.

In altri termini gli amministratori nelle scelte gestionali devono aver acquisito adeguate informazioni, posto in essere le necessarie cautele e operato le opportune verifiche di carattere preventivo, oltre ovviamente al rispetto dei processi decisionali, che come abbiamo sopra esaminato, nell'ambito delle società cooperativa sono di massima pregnanza.

Questa interpretazione in dottrina ha avuto un ampio e rilevante coro di voci favorevoli tuttavia non ci si può esimere dal registrare delle voci dissonanti: una parte della dottrina, anche a seguito della riforma, continua a ritenere che i doveri degli amministratori debbano distinguersi esclusivamente in generici (ovvero gestire diligentemente l'impresa perseguendo l'interesse sociale) e specifici (provvedere a iscrizioni, depositi di legge, ecc.); altra parte della dottrina ritiene invece che i principi di corretta amministrazione siano un'espressione della diligenza richiesta dall'art. 2392 c.c. e quindi non apportino ambiti di doveri ulteriori in capo agli amministratori; altri ancora ritengono che il dovere di corretta amministrazione, debba considerarsi implicito nella funzione di amministratore della società, ritenendo che non potrebbe ravvisarsi un interesse diverso.

Traendo le fila di questo ragionamento, si ritiene che l'enucleazione di un generale principio di correttezza gestionale possa costituire un aspetto innovativo nell'individuazione degli obblighi che gravano sugli amministratori delle società, tuttavia assumere che questo sia l'unico principio cardine e che l'art. 2392 c.c. vado utilizzato esclusivamente come criterio di valutazione per il modo di adempiere la prestazione, pare eccessivo e non rispondente anche ai riferimenti normativi.

In primo luogo detto principio si rinviene in una norma che solo indirettamente si riferisce agli amministratori e il cui contenuto presenta dei caratteri di indeterminatezza e di ampiezza tale che non consentono di poterlo assumere a principio informatore basilare dell'attività amministrativa.

Pertanto la previsione dell'articolo 2392 c.c. contiene in sé tutti gli elementi necessari, invero non indica solo come valutare l'adempimento, ma esplicita anche il contenuto della prestazione richiesta agli amministratori: la gestione dell'impresa (l'obbligo) con la diligenza di un soggetto competente, perito e avveduto (il criterio).

In quest'ottica l'agire correttamente completa e specifica l'obbligo ma non ne va a costituire il solo contenuto, chi parla aderisce alla tesi in ragione della quale il principio di corretta amministrazione sia implicito nella funzione di amministrare la società, funzione il cui corollario è dettato dall'obbligo degli assetti adeguati.

Infine tra i doveri che nel senso più ampio attengono alla figura degli amministratori vi è quello relativo alle possibili situazioni di conflitto di interessi, anzi più correttamente, a seguito della riforma del diritto societario, degli interessi degli amministratori.

Per quanto riguarda le s.p.a. in linea generale l'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al Collegio Sindacale di ogni interesse (anche indiretto) che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata, secondo quanto stabilito dall'art. 2391, comma 1 c.c.

La dottrina ritiene che l'amministratore ha un proprio interesse in una determinata operazione quando vi sia ragionevole motivo di ritenere che, nelle concrete circostanze del caso, si rappresenti di ricavare dal compimento della stessa o dalla sua omissione, un'utilità rilevante sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo.

La giurisprudenza ha delineato delle fattispecie di conflitto d'interessi, il quale si declina sotto diversi profili (concorrente, potenziale, contrastante, attuale) sono: - amministratore che sia anche socio dominante di altra società concorrente e la decisione da prendere pregiudica l'assetto economico della società che amministra; - pagamenti indebiti o arbitrari a se stesso (o a persone vicine) di somme non dovute; - utilizzo a proprio profitto di beni o dipendenti della società.

L'amministratore nelle ipotesi in cui sorga un'ipotesi di conflitto è tenuto a darne comunicazione agli altri componenti del Consiglio di Amministrazione e al Presidente del Collegio Sindacale.

La violazione di tale obbligo può essere fonte di impugnativa delle deliberazioni assunte da parte degli altri amministratori e dell'organo sindacale, qualora possano recare danno alla società nei casi disciplinati dall'art. 2391, comma 3 del c.c. e l'amministratore risponde dei danni derivati alla società: - dalla sua azione od omissione; - dall'utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie od opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico, ferme restando altre ipotesi di responsabilità anche sotto il profilo penalistico che possano emergere dagli atti compiuti od omessi.

Nell'ambito delle s.r.l. non è previsto un obbligo dell'amministratore di avvertire preventivamente gli altri amministratori (e, ove esistente, l'organo di controllo) della sussistenza di un interesse in conflitto con la società, né è previsto l'obbligo di astenersi dall'adottare la relativa deliberazione in caso di amministratore delegato, né ancora sono previsti doveri di adeguata motivazione sull'operazione e la sua convenienza.

Tali obblighi tuttavia possono essere previsti nello Statuto.

Nell'ambito delle s.r.l. la legge ha disciplinato due specifiche ipotesi di conflitto di interessi: - le decisioni del consiglio di amministrazione adottate con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi che arrecano un danno patrimoniale alla società (art. 2475^{ter}, comma 2, c.c.); - i contratti conclusi da amministratori rappresentanti della società, qualora il conflitto era conosciuto o conoscibile dal terzo (art. 2475^{ter}, comma 1 c.c.).

3. Le responsabilità in capo civilistico

La violazione dei doveri sopra descritti comporta l'assunzione di relativa responsabilità in capo agli amministratori, la quale si declina in tre direzioni: - la responsabilità verso la società disciplinata dagli art. 2392 e 2392 c.c.); - la responsabilità verso i creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c. e la responsabilità verso i singoli soci o i terzi ai sensi dell'art. 2395 c.c.

Diversa è la disciplina delle tre azioni che verranno approfondite nelle relazioni dei successivi relatori e cui si delineando solamente alcuni tratti caratteristici.

La responsabilità verso la società sussiste per i danni che questa abbia subito nell'ipotesi gli amministratori non abbiano adempiuto ai doveri imposti dalla legge o dallo Statuto con la diligenza che prima abbiamo analizzato.

Non saranno responsabili per i risultati negativi della gestione che non siano imputabili a difetto di diligenza nella condotta degli affari sociali o nell'adempimento di specifici obblighi.

La seconda azione disciplina la responsabilità degli amministratori anche verso i creditori sociali, azione che non è stata oggetto di modifica con la riforma del diritto societario.

Presupposti per l'esercizio di tale azioni sono l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, invero può essere proposta solamente quando il patrimonio risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti, il danno infatti non può sussistere fintanto che il patrimonio sociale sia capiente.

Infine l'azione disciplinata dall'art. 2395 c.c. costituisce uno strumento di tutela nei confronti del socio o del terzi che subiscano un danno diretto in conseguenza di atti colposi o dolosi degli amministratori.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza con un orientamento costante, l'elemento che contraddistingue l'azione individuale del socio ex art. 2395 c.c. dall'azione sociale ex art. 2393 c.c. è dato dalla diretta incidenza del danno sul patrimonio del socio o del terzo, nel senso di una lesione di un diritto patrimoniale proprio del socio o del terzo e non il mero riflesso di danni arrecati al patrimonio sociale.

Esempio classico di applicazione dell'art. 2395 c.c. si ravvisa nel caso di false comunicazioni sociali che ricorrono quando gli amministratori redigono una non veritiera situazione finanziaria, inducendo gli azionisti a sottoscrivere azioni, in tal caso la giurisprudenza ritiene che non vi sia un danno alla società ma un danno diretto per i nuovi soci.

Per quanto attiene le società con modello s.r.l. la disciplina relativa alla responsabilità degli amministratori è dettata dall'art. 2476 c.c., la cui caratteristica particolare è data dalla circostanza che la deliberazione di esercizio dell'azione di responsabilità non discende da promanazione assembleare ma può essere esercitata individualmente dal singolo socio, indipendentemente dalla quota di capitale posseduta. Tale caratteristica non fa comunque venire meno la natura di azione sociale della stessa, in quanto non si tratta di un'azione autonoma bensì di un'azione sociale di responsabilità che può essere esperita dal singolo, il quale va a esercitare un diritto altrui.

4. Uno sguardo all'Europa

Considerato il carattere sempre più europeistico che il diritto è votato ad assumere e i crescenti rapporti commerciali che legano i diversi Paesi dell'Unione si è voluto gettare uno sguardo alla normativa tedesca in materia di responsabilità degli amministratori della GmbH, corrispondente all'italiana s.r.l.

Nei tratti salienti non si ravvisano difformità di disciplina, con riferimento ai doveri di diligenza, al trattamento degli amministratori di fatto, alla violazione degli obblighi, alle responsabilità conseguenti anche in termini di risarcimento del danno e di solidarietà, gli ordinamenti prevedono norme dal tratto sostanzialmente identico.

La disciplina tedesca presenta tuttavia alcuni aspetti su cui mi vado a soffermare.

Quanto alla diligenza richiesta il diritto all'art. 43 comma 1 della legge che norma la disciplina della GmbH, prevede espressamente che gli amministratori, nella gestione delle vicende societarie, debbano usare la diligenza del bravo uomo d'affari, la mancanza dell'osservanza di tale livello di accuratezza è fonte di responsabilità.

Opinione prevalente nella dottrina tedesca è che la diligenza richiesta agli amministratori non possa variare in relazione alle caratteristiche personali dei singoli gestori, in particolare non è possibile richiamarsi a fattori quali età, mancanza di formazione o di esperienza al fine di invocare un esonero di responsabilità.

Altro aspetto di differenziazione è dato dalla fonte dalla quale promana la responsabilità, mentre l'art. 2476, comma 1 del c.c. prevede che gli amministratori sono responsabili dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società, il diritto tedesco prevede analogo obbligo, senza tuttavia indicarne espressamente la fonte.

Certamente anche gli amministratori tedeschi sono tenuti al rispetto della legge e dell'atto costitutivo ma la fonte della loro responsabilità può rinvenirsi anche in altri ambiti, quale ad esempio il contratto società – amministratore, con il quale possono essere regolati determinati aspetti della relazione tra la società e chi accetta di opera in qualità di suo gestore, conseguentemente anche la violazione di tali doveri è suscettibile di essere fonte di risarcimento dell'eventuale danno.

Infine si rileva come nel diritto tedesco particolare attenzione si è stata dedicata allo studio del dovere dell'amministratore della società a responsabilità limitata, di conservare il segreto sulle informazioni di cui sia entrato in possesso, solo occasionalmente la comunicazione di dati a soggetti esterni alla struttura societaria a fini di interesse della società è da considerarsi pienamente legittima, tuttavia qualora non si tratti di soggetti *ex lege* obbligati a mantenere il segreto professionale, la dottrina tedesca ritiene che al fine di esentare l'amministratore da responsabilità sia auspicabile la sottoscrizione di un apposito accordo nel quale vi è garanzia di non diffusione a terzi delle informazioni acquisite, benché funzionali al ruolo di consulenti assunto.

Nell'ambito del diritto tedesco, anche in sede giudiziaria, tale problema si è posto in particolar modo nei casi acquisizioni societarie, e l'art. 51a, comma 2 della legge, prevede che gli amministratori possano di fornire informazioni al socio, qualora sussista un pericolo che questi le utilizzi per scopi estranei a quelli sociali e ne consegua uno svantaggio non irrilevante per la società.

Conclusioni

Il panorama dei soggetti amministratori, dei compiti, dei doveri e delle responsabilità è certamente molto ampio ed è fonte di interpretazione e analisi sia dottrina che giurisprudenziale pressoché quotidiana.

Si palesa quindi sempre maggiormente la necessità di una puntuale conoscenza di un tanto al fine di raggiungere una classe amministrativa sempre più competente e capace di una gestione virtuosa.