

Responsabilità degli organi di governo e di controllo¹

Davide Felappi²

1. Ringraziamenti
2. Premessa
3. Nesso di causalità tra condotta anti-giuridica e danno
4. Condotta anti-giuridica: alcuni spunti emergenti dalle Massime
5. Danno: alcuni spunti emergenti dalle Massime
6. Alcune riflessioni sulla responsabilità degli Organi di controllo

1. Ringraziamenti

Grazie Presidente Del Porto, grazie Prof. Ardizzone, Prof. Finocchiaro e Prof. Onza, grazie a tutti i componenti dell'Osservatorio per il lavoro fino a qui svolto e per avermi proposto come relatore.

2. Premessa

Quando mi è stato chiesto di partecipare a questa apprezzabile iniziativa e ho sfogliato per la prima volta le Massime redatte dall'Osservatorio, la mia attenzione è subito caduta sulle tematiche della responsabilità degli organi di governo e di controllo.

L'argomento è senz'altro ampio, complesso sotto più punti di vista e, a mio avviso, di interesse professionale trasversale, tenuto conto che molte e differenti figure professionali si confrontano quotidianamente con queste tematiche. Penso ai componenti degli organi di governo e degli organi di controllo, ai curatori fallimentari, ai legali delle parti attrici e delle parti convenute, ai consulenti tecnici d'ufficio e di parte.

¹ Intervento in occasione del Convegno "*Dialoghi sulla giurisprudenza: regole conflitti e soluzioni a Brescia*" tenutosi presso l'Università degli studi di Brescia il giorno 16 novembre 2018, in occasione della presentazione dell'Osservatorio bresciano sulla giurisprudenza commerciale.

² Dottore commercialista in Brescia, Dottore di ricerca in Economia Aziendale.

Le tematiche della responsabilità degli organi di governo e di controllo possono essere studiate da più angolazioni e da diversi punti di vista, ognuno connesso in qualche misura al ruolo ricoperto di volta in volta dal singolo professionista. Le Massime e le relative Sentenze che citerò in questo mio intervento offrono al riguardo molti spunti di riflessione.

Per esigenze di sintesi e di organicità, ho ritenuto di circoscrivere il mio intervento agli aspetti più tecnici della responsabilità, lasciando a chi sicuramente sarò più bravo di me ogni riflessione sulle altre tematiche di natura più giuridica quali, ad esempio, i termini di prescrizione.

3. Nesso di causalità tra condotta anti-giuridica e danno

Prima di entrare nel cuore dell'intervento, concedetemi un'ulteriore premessa "teorica", che sicuramente sarà scontata per tutti voi, ma che mi aiuta a definire la struttura dei miei successivi ragionamenti.

La premessa è la seguente: **il danno è risarcibile solo in quanto conseguenza diretta e immediata di una condotta anti-giuridica.**

Dal principio appena esposto, è possibile trarre due considerazioni.

La prima consiste nel poter affermare che in assenza di condotta anti-giuridica, non vi sono i presupposti per promuovere un'azione di responsabilità nei confronti dei componenti di un organo, sia esso di governo o di controllo.

La seconda, ancor più importante a mio avviso, è che anche in presenza di una condotta anti-giuridica, l'azione di responsabilità deve essere promossa solo in presenza di un danno.

Troveremo interessanti spunti al riguardo nelle Massime e le relative Sentenze che ho selezionato.

Desidero però soffermarmi ancora un momento su questi principi generali. Volendo cercare di schematizzare l'iter di elaborazione di un'azione di responsabilità, pertanto, l'operatore (la società, il collegio sindacale, i soci, i creditori sociali, il curatore) dovrà:

1. Individuare specifiche condotte anti-giuridiche;
2. Individuare il conseguente danno generato dalle condotte;
3. Quantificare puntualmente il danno.

Quest'ultima questione – quella della quantificazione puntuale del danno – non è da trascurare, in quanto non sono infrequenti azioni di responsabilità che cadono (concedetemi il termine) proprio per la mancata dimostrazione dell'esistenza e della consistenza del danno prodotto.

Il danno deve essere quantificato nel suo preciso ammontare e solo in presenza di oggettive impossibilità di determinazione deve essere oggetto di liquidazione, da parte del giudice, a conclusione di un processo valutativo di carattere equitativo.

La quantificazione del danno assume connotati di particolare complessità quando derivante da talune condotte anti-giuridiche, mentre risulta di più agevole determinazione in altri casi.

Al riguardo, possono infatti annoverarsi tra le fattispecie di facile lettura, sia quanto al profilo della consequenzialità giuridica, sia quanto ai criteri di quantificazione del danno, circostanze quali:

- Condotte di natura distrattiva, cui consegue un danno coincidente con l'importo dissipato o con il controvalore del bene distratto (al riguardo, avremo modo di osservare un'interessante Sentenza tra poco);
- Operazioni non inerenti l'oggetto sociale, per le quali la misura del danno economico è riconducibile alle risorse impiegate per porre in essere tali operazioni;
- Violazioni di norme tributarie o previdenziali, il cui danno è quantificabile nel costo per sanzioni e interessi da omesso versamento e nel conseguente debito che la società maturerà nei confronti degli Enti erariali e previdenziali.

Non possiamo però trascurare il fatto che un significativo numero di azioni di responsabilità si caratterizzano non tanto per la presenza di singole e puntali condotte quanto per situazioni in cui agli organi di governo e agli organi di controllo viene contestata la responsabilità del dissesto dell'impresa in quanto ritenuto conseguenza di una gestione risultata cattiva (la c.d. mala gestio) se non addirittura dissennata.

È evidente che in tali casi la quantificazione del danno deve necessariamente passare da soluzioni più complesse, che sfociano anche nel ricorso ad una valutazione di carattere equitativo, volta a compensare l'impossibilità concreta di determinare il danno nel suo preciso ammontare.

I concetti teorici che ho riassunto trovano interessanti spunti di riflessione in alcune delle sentenze del Tribunale di Brescia che sono state oggetto di Massima. Ripropongo quindi tali spunti, ponendo l'attenzione prima sul tema della condotta anti-giurica e poi sul tema del danno. Concluderò il mio intervento con due focus: uno sulla responsabilità per tardiva emersione dell'erosione del capitale sociale e uno sulla responsabilità degli organi di controllo.

4. Condotta anti-giuridica: alcuni spunti emergenti dalle Massime

Relativamente al tema delle condotte anti-giuridiche, partirei dal tema delle **scelte gestionali**.

L'Ordinanza di cui alla Massima nr. 9³ ha per oggetto la fase iniziale di un'impresa e afferma:

La responsabilità degli amministratori di cui all'art. 2476 c.c. non può essere desunta unicamente dai risultati (negativi) della gestione, essendo escluso un sindacato di convenienza e di opportunità dei criteri seguiti dall'amministrazione nello svolgimento dei suoi compiti. (Conforme a Cass. n. 3409/2013).

L'Ordinanza, proseguendo, afferma però:

Ciò tuttavia non esclude che il dovere di diligenza imponga agli amministratori di prendere le decisioni discrezionali solo dopo aver assunto tutte le informazioni del singolo caso e, quindi, un sindacato, riservato alla sede naturale del giudizio di merito, circa la correttezza dei processi decisionali adottati dai medesimi. (Conforme a Cass. n. 18231/2009).

In questo senso anche la Sentenza di cui alla Massima nr. 32⁴, nella quale viene affermato:

Il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche laddove presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere e, quindi, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.

Ritengo che i pronunciamenti segnalati meritino di essere presi in considerazione dai Curatori ogni qualvolta stiano valutando se promuovere o meno un'azione di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi di governo e di controllo delle società fallite. Il fatto che un'impresa possa essere fallita non comporta infatti automaticamente che gli amministratori e i sindaci ne siano responsabili. D'altro canto, però, l'assenza di adeguata attività istruttoria nelle fasi antecedenti all'assunzione di talune decisioni, può essere una condotta che, in presenza di danni, può giustificare un'azione di responsabilità.

Proseguendo nell'illustrazione di alcune Massime, segnalo l'Ordinanza di cui alla Massima 13⁵, in materia di **inadempimento contrattuale della società**. Al riguardo, viene affermato che:

³ Ordinanza 10/11/2015 – Tribunale di Brescia, Sezione specializzata in materie di impresa, Giudice istruttore: dr.ssa Vincenza Agnese. Massima redatta dalla dr.ssa Marika Lombardi.

⁴ Sentenza 30/12/2016 – Tribunale di Brescia, Sezione specializzata in materia di impresa, Presidente: dr. Stefano Rosa, Giudice relatore: dr. Stefano Franchioni. Massima redatta dalla dr.ssa Sara Pietra Rossi.

⁵ Ordinanza 09/02/2016 – Tribunale di Brescia, Sezione specializzata in materie di impresa, Giudice istruttore: dr.ssa Angelina Augusta Baldissera. Massima redatta dalla dr.ssa Marika Lombardi.

L'inadempimento contrattuale di una società di capitali non può implicare, in assenza della prova di fatti illeciti direttamente imputabili al comportamento colposo o doloso degli amministratori, la responsabilità risarcitoria degli amministratori medesimi nei confronti dell'altro contraente ex art. 2476 c.c. (Conforme a Cass. nn. 21130/2008; 15220/20120; 2251/1998; 5723/1991).

Fatta questa brevissima carrellata di pronunciamenti in tema di sussistenza – o meglio assenza – di un'effettiva condotta anti-giuridica, passiamo al tema dei **poteri delegati e delle relative responsabilità**. Al riguardo possiamo trovare interessanti spunti nelle Sentenza di cui alla Massima nr. 17⁶ e alla Massima nr. 24⁷.

Nella Sentenza di cui alla Massima nr. 17 è possibile leggere che:

Il componente del consiglio di amministrazione non può eccepire il proprio disinteresse per la società al fine di esimersi da responsabilità, essendo tale disinteresse piuttosto indice di condotta omissiva colposa sanzionata dall'art. 2476 c.c.

Ancora, nella Sentenza di cui alla Massima 24 è possibile leggere che:

La natura delle operazioni censurate, la loro reiterazione nel tempo, la puntuale segnalazione operata dall'organo di controllo, in uno con le modeste dimensioni dell'attività della società poi fallita, valgono ad affermare la responsabilità risarcitoria dell'amministratore (sia pure entro i limiti legati alla vigenza della sua carica), il quale non può andare esente da colpa nell'ipotesi di completa omissione di ogni pur minimo controllo.

Riprenderemo questi temi quando affronteremo il tema della responsabilità degli organi di controllo.

5. Individuazione e quantificazione del danno: alcuni spunti emergenti dalle Massime

Osservati alcuni pronunciamenti in materia di condotta anti-giuridica, dedichiamoci ora al tema dell'individuazione e della quantificazione del danno. È evidente che, ricordando l'iter logico prima proposto, essendo in presenza di un danno siamo in presenza anche di una condotta anti-giuridica.

La prima Sentenza che segnalo è quella di cui alla Massima nr. 17, nella quale viene affermato che:

Il mancato rinvenimento di beni durevoli e di rilevante importo iscritti alla voce “immobilizzazioni materiali”, fa sorgere a carico degli amministratori una presunzione di distrazione dei predetti beni, che gli stessi sono tenuti a confutare.

⁶ Sentenza 11/06/2016 – Tribunale di Brescia, Sezione specializzata in materie di impresa, Presidente: dr. Stefano Rosa, Giudice relatore: dr.ssa Angelina Augusta Baldissera. Massima redatta dalla dr.ssa Marika Lombardi.

⁷ Sentenza 09/12/2017 – Tribunale di Brescia, Sezione specializzata in materie di impresa, Presidente: dr. Stefano Rosa, Giudice relatore: dr. Raffaele Del Porto. Massima redatta dalla dr.ssa Marika Lombardi.

Di fronte a tale condotta anti-giuridica e a tale responsabilità, nella Sentenza il danno viene così determinato:

Il valore contabile, ossia il c.d. costo storico, di beni durevoli generalmente non coincide con il valore di realizzo sul mercato, risultando tendenzialmente superiore per effetto della obsolescenza, del deperimento e della specificità dei beni. Sicché, ai fini della quantificazione del danno da risarcire in conseguenza della distrazione dei predetti beni, appare congruo “abbattere” il medesimo costo storico del 50%.

Ulteriori interessanti spunti di riflessione giungono dalla Sentenza di cui alla Massima nr. 24:

La restituzione del finanziamento soci (credito chirografario e anzi verosimilmente postergato), avvenuta nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, quando la società aveva da tempo perduto il capitale sociale, costituisce illecito commesso che deve quindi rispondere del relativo danno.

Nel caso specifico l'amministratore responsabile della restituzione del finanziamento soci è stato condannato al pagamento in favore della Curatela di una somma pari all'ammontare effettivamente rimborsato ai soci.

Segnalo ora due passaggi di due Pronunciamenti già citati, inerenti il mondo della contabilità sociale:

L'omessa tenuta dei libri contabili, sebbene rappresenti senz'altro un grave inadempimento degli obblighi di corretta gestione e costituisca un ostacolo ad una ricostruzione dell'andamento dell'impresa, non può tuttavia giustificare l'imputazione all'amministratore del deficit fallimentare, non essendo neppure astrattamente configurabile un nesso di causalità tra la predetta condotta omissiva e il danno per il patrimonio della società. (Conforme a Cass. S.U. n. 9100/2015).

E ancora:

In caso di omissione di tenuta dei libri contabili, l'attribuzione della responsabilità risarcitoria agli amministratori presuppone la verifica della sussistenza delle specifiche condotte illecite ai medesimi imputate.

Inoltre, molto interessante la Sentenza di cui alla Massima nr. 24:

Il ricorso, di norma necessario, all'opera di professionisti per la tenuta della contabilità e la predisposizione dei bilanci non può rendere esente da responsabilità l'amministratore che abbia comunque concorso alla formazione dei bilanci falsi (restando, in ogni caso, del tutto inverosimile che i professionisti possano aver agito in assoluta autonomia, senza attenersi alle direttive, anche di massima, dell'organo gestorio).

Ho lasciato per penultimo uno dei temi probabilmente più frequenti nelle azioni di responsabilità promosse dai curatori. Mi riferisco alla quantificazione del danno in **ipotesi di omessa tempestiva rilevazione della perdita del capitale sociale e di conseguente indebita prosecuzione dell'attività**.

Siamo di fronte a un'evidente condotta anti-giuridica, talvolta facilmente dimostrabile, talvolta meno.

Apro una parentesi sulla dimostrazione della condotta anti-giuridica. Avrei dovuto trattare prima l'argomento, ma l'ho rinviato in questa sede per organicità di trattazione con il passaggio successivo.

Come noto, la tardiva o omessa emersione formale della perdita del capitale sociale può essere ottenuta mediante la simulazione di risultati economici positivi o comunque meno negativi rispetto agli effettivi risultati conseguiti. Ciò ha un evidente impatto sull'evoluzione del patrimonio netto che, anno dopo anno, si attesta a valori superiori rispetto a quelli effettivi.

Tali risultati vengono ottenuti mediante patologici artifici contabili volti a ridurre i costi o incrementare i ricavi di competenza di un determinato esercizio. L'elenco degli artifici contabili è lungo. Senza presunzione di esaustività, ricordo che operazioni quali:

- La capitalizzazione di costi in realtà di competenza dell'esercizio;
- L'omessa svalutazione di elementi del patrimonio attivo;
- Lo stanziamento di imposte anticipate in presenza di perdite civilistiche e fiscali;
- L'omesso stanziamento di accantonamenti per oneri;
- La sopra-valutazione delle rimanenze finali di esercizio;
- La rivalutazione di asset appartenenti al patrimonio attivo;

possono essere strumentalmente adottate in sede di formazione di bilancio, con il fine di incrementare il risultato di esercizio e quindi, direttamente o indirettamente, il patrimonio netto della Società.

Di fronte a tali situazioni, compito del Curatore al fine di dimostrare la condotta anti-giuridica consiste nel rideterminare gli effettivi risulti e l'effettiva consistenza del patrimonio netto sulla base di rettifiche contabili operate su uno o più risultati di esercizio e quindi sul patrimonio netto della società fallita. La rideterminazione dei risultati di esercizio e del patrimonio netto deve dimostrare la perdita del capitale sociale, in base alla quale scatta l'obbligo di accertare la causa di scioglimento della società e la conseguente messa in liquidazione della stessa. La condotta anti-giuridica consiste proprio nell'omissione di tale accertamento e nella normale prosecuzione dell'attività d'impresa. Al riguardo segnalo che l'elemento temporale assume, evidentemente, un certo rilievo, non essendo talvolta agevole determinare esattamente il momento nel quale le perdite reddituali accumulate hanno eroso le eventuali riserve del patrimonio netto e, successivamente, il capitale sociale. Al riguardo può venire in aiuto dell'operatore un processo di interpolazione e di progressivo restringimento dei lassi temporali. Mi spiego meglio: se può essere agevole constatare che all'inizio dell'esercizio il capitale sociale non fosse eroso e che alla fine dell'esercizio il capitale sociale fosse eroso, ecco che allora progressivamente, anche sulla base del momento di eventuali rettifiche, è possibile restringere il campo.

Ancor più difficile, però, è la successiva fase: quella della determinazione del danno dovuto alla condotta anti-giuridica.

Al riguardo molto chiaramente nella Sentenza di cui alla Massima nr. 24 viene affermato:

L'amministratore risponde dei danni conseguenti all'indebita prosecuzione dell'attività in epoca successiva alla perdita del capitale sociale, dovendo rispondere, in particolare, del danno corrispondente a quelle perdite che sarebbero state evitate qualora fosse stata tempestivamente disposta la messa in liquidazione della società.

Di fatto il danno può essere quindi individuato negli effetti economici derivanti dalle operazioni che l'organo amministrativo ha posto in essere, dopo il momento della perdita del capitale sociale, incoerenti con il fine conservativo della fase liquidatoria.

Se da un punto di vista concettuale, la quantificazione del danno appare chiara, sotto il profilo operativo è evidente che la perdita complessiva maturata dalla società dopo la mancata messa in liquidazione deve essere depurata dei costi che sarebbero stati comunque sopportati anche in caso di tempestiva messa in liquidazione della società. Anche in presenza di una documentazione contabile completa, tali determinazioni appaiono complesse, oggettivamente e soggettivamente influenzabili. A maggior ragione ogni qual volta la base di dati contabili non è completa.

Al riguardo, sempre la Sentenza di cui alla Massima nr. 24 afferma:

Nel difetto di elementi che consentano una più precisa quantificazione del danno, l'incremento dei debiti rimasti insoddisfatti, maturati in un periodo caratterizzato da una rilevantissima perdita economica, costituisce idoneo parametro per la liquidazione equitativa di un danno che si caratterizza, in ogni caso, per l'elevata difficoltà di una puntuale quantificazione.

Nel caso specifico, pertanto, l'amministratore unico è stato condannato al pagamento a favore della Curatela della differenza tra l'ammontare dei debiti attestati in un determinato momento successivo alla perdita del capitale sociale e l'ammontare dei debiti ammessi al passivo fallimentare.

Da qui un'ultima riflessione, che è più una provocazione quasi teorica: di fronte ad una situazione di conclamata perdita del capitale sociale, neppure nascosta e quindi pubblicamente evidente, è in qualche modo responsabile l'amministratore che, operati i necessari interventi di riorganizzazione aziendale, prosegue nell'attività e consegue risultati economici effettivamente positivi che quindi non aggravano la situazione?

6. Alcune riflessioni sulla responsabilità degli Organi di controllo

Concludo con un'ultima riflessione in materia di responsabilità dei componenti degli organi di controllo e richiamo ancora una volta la Sentenza di cui alla Massima nr. 24, ove è possibile leggere, relativamente ad un amministratore sprovvisto di deleghe e poteri:

La natura delle operazioni censurate, la loro reiterazione nel tempo, la puntuale segnalazione operata dagli organi di controllo, in uno con le modeste dimensioni dell'attività della società poi fallita, rendono palese che l'amministratore avrebbe potuto agevolmente rilevare le ricordate anomalie impiegando l'ordinaria diligenza richiesta dalla carica.

Ciò che interessa in questa sede, con riferimento all'organo di controllo, è quanto segue:

Le medesime considerazioni valgono poi quanto alla responsabilità dei componenti del collegio sindacale, dovendosi in particolare evidenziare che i rilievi operati dal precedente organo di controllo sono contenuti proprio nell'ultimo verbale redatto da quel collegio prima delle sue dimissioni, documento che deve ritenersi sia stato sicuramente consultato dai nuovi sindaci all'atto del loro insediamento.

Non v'è dubbio, d'altronde, che a fronte di condotte sostanzialmente distrattive, reiterate nel tempo, la tempestiva adozione da parte dei sindaci delle iniziative opportune (anche mediante ricorso alla denuncia ex art. 2409 c.c.) avrebbe consentito di evitare il protrarsi di tali condotte e, quindi, la verifica di ulteriori danni. Col che va anche affermata la sussistenza del nesso causale di cui all'art. 2407, secondo comma, codice civile.

Cercando di offrire una sintesi di quanto ho appena letto, ritengo si possa affermare che i sindaci sono solidalmente responsabili con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi, nel caso in cui il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi scaturenti dalla loro carica ex articolo 2403, cod. civ.. Tale responsabilità per culpa in vigilando si fonda essenzialmente sulla sussistenza dei seguenti presupposti:

- che gli amministratori abbiano posto in essere un comportamento illecito;^[1]
- che da tale comportamento sia derivato un danno;^[1]
- che i sindaci, in violazione dei doveri imposti a loro carico, non abbiano vigilato con la dovuta diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico.

In altri termini possiamo quindi affermare che non tutte le azioni di responsabilità promosse nei confronti di un organo amministrativo debbano necessariamente essere promosse anche nei confronti di un organo di controllo.

Infatti la responsabilità dell'organo di controllo deve essere ritenuta esclusa per i danni derivanti da comportamenti degli amministratori che i sindaci non abbiano potuto in alcun modo evitare, pur avendo vigilato con professionalità e diligenza, per ragioni a loro non imputabili né a titolo di dolo né a titolo di colpa. Entrano quindi in campo elementi valutativi quali la tipologia, la durata e la reiterazione nel tempo delle condotte anti-giuridiche.

Concludo segnalando che l'argomento sarà senz'altro oggetto di approfondimento con riferimento alle procedure di allerta che verranno introdotte con la riforma della legge fallimentare e con la tematica inerente l'esonero dalla responsabilità in caso di tempestiva segnalazione.

Ho concluso la mia relazione e vi ringrazio per la cortese attenzione che mi avete riservato.