

## Amministratori

5 dicembre 2024

E' una posizione strategica perché il 2380 bis stabilisce con una disposizione che a mio modo di vedere non è innovativa dal punto di vista contenutistico ma lo è concettualmente che la funzione amministrativa è in capo al consiglio di amministrazione se noi prendiamo il 2380 bis che leggiamo per avercelo davanti agli occhi la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto a disposizione dell'articolo 2086 secondo Com. aspetta esclusivamente agli amministratori i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Qual è il significato pieno di questa disposizione? Un significato che ha una valenza storica ma anche una valenza soprattutto organizzativa. Storica perché con questa disposizione si porta a conclusione un percorso di modifiche normative e anche concettuali, perché la norma è un riflesso di una visione concettuale che si muovono dal codice del 1882, passano per il codice del 1942 e pervengono a risultato della riforma. Perché? Perché sostanzialmente con il codice del 1882 e quindi con la prima formulazione organica della disciplina delle società per azioni, a quel tempo società anonime, però l'amministrazione era ancora concepita come un mandato dell'Assemblea agli amministratori, quindi l'organo gestionale o meglio l'organo deputato a raccogliere le decisioni dei soci e quindi anche la decisione gestionale era pur sempre l'Assemblea. Con il codice del 42 avviene la prima modificazione sostanziale di questo principio perché Attraverso l'identificazione di un riconoscimento che il potere degli amministratori è direttamente loro attribuito dalla legge, significa che non sono i destinatari di un'attribuzione che è compiuta dai soci a loro favore, ma è un'attribuzione che gli perviene direttamente dalla legge. con questa diciamo previsione dell'articolo 1380 bis si chiude il cerchio perché questa attribuzione è un'attribuzione con carattere di esclusività Questa esclusività è letta però dagli autori in maniera differenziata.

È letta in maniera differenziata perché una parte della dottrina e anche una parte, se vogliamo, della giurisprudenza ritiene che questa riserva esclusiva a favore degli amministratori sia essenzialmente una riserva che copre tutte le scelte decisionali ma non le scelte cosiddette fondative o fondazionali o sostanziali come qualcuno le chiama anche cioè quelle decisioni che potrebbero comportare una modificazione organizzativa irreversibile della società in particolare per esempio veniva posto al centro di questa impostazione l'accessione dell'azienda sociale e quindi ci si domandava, ci si domanda questa parte della dottrina se una scelta che potrebbe cambiare strutturalmente l'organizzazione, perché se io cedo l'azienda sociale addirittura potrei cessare di svolgere attività d'impresa, possa essere demandata unicamente agli amministratori. così come altre decisioni che potrebbero in qualche maniera implicare un'assunzione di rischio peculiare in capo alla società, come per esempio l'acquisizione di partecipazioni che possono comportare la responsabilità illimitata, l'articolo 2361. o altre scelte che abbiano funzionalmente una, diciamo, rilevanza analoga. Dall'altro parte ci sono quelli, diciamo, studiosi che invece ritengono che la tribuzione è esclusiva E semmai che laddove in apparenza c'è un difetto di esclusività, siamo in realtà in

presenza di decisioni che in realtà non sono decisioni gestionali, ma sono decisioni relative all'assetto dell'azionariato, della composizione dei rapporti tra i soci e come tali restano deferiti ai soci. In particolare questa tesi muove dal presupposto contenuto nell'articolo della disposizione in materia di rappresentanza degli amministratori che esclude la sussistenza della rappresentanza e quindi l'impossibilità di avvalersi del principio contenuto nell'articolo 2394 che adesso andremo a vedere, con riguardo alle ipotesi, in particolare l'acquisto di azioni proprie, l'acquisto di partecipazioni che comporterebbero per la loro rilevanza una modificazione implicita dell'oggetto sociale, le partecipazioni incrociate, triangolari o bilaterali. di quelli del 121, il test unico della finanza e quelli del 1357 seguenti, perché in realtà questi autori dicono che il difetto di potere rappresentare, l'esclusione legale della rappresentanza deriva dal fatto che appunto questo tipo di operazioni implicano un riassetto dei poteri tra i soci e quindi competono unicamente i soci. Quindi non saremmo, come vi dicevo prima, nel quadro di decisione di carattere gestionale, ma saremmo al di fuori di quella attribuzione esclusiva delle operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale, perché non saremmo in questo contesto. Ovviamente il primo dei due orientamenti nasce a una sua razionalità perché nasce da una visione germanocentrica dove appunto si riconosce, specialmente nel diritto tedesco, che le decisioni cosiddette fondative competono esclusivamente ai soci e quindi che c'è una riserva di amministrazione a favore dei soci.

Si potrebbero trovare dei precedenti anche in quell'orientamento statunitense che tende a venire nel potere degli amministratori, comunque non un potere assoluto, ma un potere che deve essere mitigato dal ruolo dei soci, per esempio la posizione di Babcock e del gruppo degli studiosi che fanno riferimento ad Harvard a Babcock. Quindi da questo punto di vista c'ha una sua legittimità non secondaria. Ovviamente è chiaro che questi principi hanno una diversa declinazione, quindi possono essere più o meno più o meno fondati, a seconda che ci si ragioni nel contesto delle società quotate o delle società non quotate. E' chiaro che nel contesto delle società non quotate questo principio di attribuzione assoluta del potere gestionale mi sembra sicuramente riconoscibile. perché non vedo spazio per il riconoscimento di un potere deliberativo anche se naturalmente la dottrina a cui facevo riferimento prima cerca di ricondurlo. Mentre chiaramente la stessa cosa forse non è così esattamente predicabile laddove siamo in presenza o di piccole società per azioni o addirittura di SRL a base partecipativa molto ristretta. perché è chiaro che in contesti di questo genere è più semplice riconoscere espressamente che c'è un potere di intervento da parte dei soci nella amministrazione, anzi direi che nell'SRL soprattutto laddove è previsto espressamente il potere decisionale dell'Assemblea su materie significative e quindi di fatto un sistema alternativo di amministrazione da parte dell'Assemblea effettivamente questo principio può essere riconosciuto. Nell'SPA non quotata rispetto a basso azionario forse effettivamente si potrebbe pensare che residuino dei poteri gestionali dell'Assemblea, anche se mi sembra che l'orientamento da parte della giurisprudenza che ha negato in maniera recisa la validità delle autorizzazioni assembleari previste dall'articolo 2364 fuori di quelle espressamente previste dalla legge, quindi ci sono state di quelle cosiddette statutarie, cioè dei limiti operativi all'azione degli amministratori contenuti nello statuto per la sua esclusiva rilevanza interna attestata appunto dalla giurisprudenza a mio avviso vada contro questo orientamento che tende a riconoscere invece uno spazio alla decisionalità e alla potestà

decisionale dei soci in materia gestionale. Per quanto riguarda la gestione in senso stretto faccio ancora alcuni accenni al concetto di delega e soprattutto perché ci serve a chiarire poi dopo dei temi in materia anche di responsabilità degli amministratori.

Allora come ho detto analizzando la struttura del consiglio di amministrazione abbiamo visto che il consiglio di amministrazione ha la possibilità di attuare delle deleghe di poteri a favore di singoli amministratori, qui in questo caso avremo l'amministratore delegato, oppure a favore di un altro organo collegiale, il comitato esecutivo, che quindi diventa a sua volta destinatario di una delega e può anche esso a sua volta delegare un singolo amministratore. Quindi possiamo avere delle strutture più o meno articolate della delega a seconda che si utilizzi o meno lo strumento del comitato esecutivo. Delegare poteri significa essenzialmente spogliarsi di quel potere, perché fin tanto che quella delega è attribuita, l'esercizio di quel potere spetta esclusivamente a quel soggetto, o a quell'organo, se si tratta di una delega a favore di un comitato esecutivo, però residua sempre o il potere di avvocazione, cioè il potere di riprendersi quel potere, o la restituzione di quei poteri laddove sussistano delle condizioni che ne rendono incompatibile l'esercizio.

In particolare il caso più eclatante e quello normativamente anche disciplinato è quello delle ipotesi del conflitto d'interesse. L'amministratore delegato in conflitto d'interesse è tenuto ad astenersi dal compiere le operazioni e a restituire in relazione a quell'operazione il potere all'organo delegante, cioè al consiglio di amministrazione o eventualmente al comitato esecutivo affinché poi assuma le relative deliberazioni del caso anche se naturalmente il 2391 ha superato la logica del vincolo di voto negativo o del divieto di voto da parte del soggetto in conflitto di interessi e quindi fa in qualche maniera rivivere un potenziale potere, seppure concorrente con quello degli altri amministratori, in capo anche, potere decisionale, in capo anche all'amministratore in conflitto di interessi. Però è molto importante perché una previsione di questo genere e quindi soprattutto la previsione di attribuzione di poteri gestionali delegati rompe l'organizzazione del Consiglio d'amministrazione che di fatto, soprattutto grazie alla previsione del penultimo comma dell'articolo 2381 laddove si attribuisce all'amministratore delegato l'onere e quindi anche la correlata responsabilità di predisporre la struttura organizzativa, amministrativa e contabile della società, dicevo, fa sì tutto ciò che la consiglia d'amministrazione che delega i poteri sia soprattutto un consiglio d'amministrazione che deve monitorare l'attività dei soggetti delegati o degli organi delegati, quindi non ha più un potere di azione diretta ma ha un potere di controllo. E quindi scinde le funzioni tra delegante e delegato perché la funzione del delegato diventa una funzione attuativa o gestionale, mentre quella del delegante diventa una funzione di controllo o di verifica. semmai di intervento per bloccare iniziative del soggetto delegato che possano o eccedere i poteri delegati o che si muovano in un contesto che viola principi di buona amministrazione o addirittura che viola norme di legge e quindi in qualche maniera si pone in contrasto con gli obblighi gravanti sull'amministratore.

Però, appunto, questo è molto importante perché vedendo il consiglio di amministrazione strutturato, diciamo, in questi due segmenti, in queste due valve diverse, si ha poi,

come vedremo meglio, una diversa impostazione del regime della responsabilità, no? Che quindi non è più una responsabilità unitaria o, diciamo, indefinita tra delegante e delegato, ma che assume connotati ancora diversi. E perché assume connotati diversi? Assume connotati diversi perché in funzione del diverso ruolo che ha il Consiglio di amministrazione con riferimento ad alcuni poteri rispetto ad altri, sorge un diverso tipo di responsabilità.

Quindi analizziamo da un lato i doveri che gravano sugli amministratori e dall'altro lato, una volta analizzati questi poteri, possiamo analizzare invece la responsabilità degli amministratori e i modi di declinazione di questa responsabilità. Allora, come si dice in gergo, come diciamo noi che l'abbiamo già studiato, il diritto commerciale, gli amministratori sono tenuti ad agire secondo la legge con la diligenza professionale e in assenza di conflitto di interessi. Quindi i criteri attraverso i quali si esamina il comportamento degli amministratori è l'assenza di conflitto di interessi, l'agire diligente e il non violare le norme di legge. Quindi cosa vogliono dire queste tre elementi che caratterizzano i doveri di comportamento degli amministratori, quelli che vengono chiamati anche i doveri dell'amministratore? Il primo, la non violazione di norme di legge, è quello più semplice forse da analizzare e si individua essenzialmente nella previsione di norme proibitive o che impongono specifici doveri di comportamento che, se violate, comportano una automatica responsabilità dell'amministratore.

In particolare la più evidente e anche la più ricorrente di queste previsioni e che avremo modo poi di analizzare quando analizzeremo le operazioni cosiddette straordinarie e quindi gli interventi sul capitale sociale, sono le norme sulla perdita del capitale sociale, perché siccome la perdita del capitale sociale costituisce può costituire, anzi costituisce, se non mitigata, una causa di scioglimento della società e siccome le cause di scioglimento devono essere tempestivamente comunicate, portate all'attenzione dell'Assemblea, e se si continua ad agire in situazioni di scioglimento o gli amministratori diventano responsabili è evidente che agire violando questa disposizione comporta un'immediata responsabilità patrimoniale degli amministratori e siccome questo dovere è un dovere complessivo del Consiglio sarà un dovere anche che grava su tutto il Consiglio la seconda tematica riguarda lo standard del dovere di diligenza il dovere di diligenza ha cambiato un pochettino i suoi contorni nel corso del tempo e ciò ha seguito dei principi collegati anche alla complessità, l'evolversi della complessità dei modelli gestionali delle società per azioni principalmente in correlazione alla crescita dimensionale delle società e quindi alla maggior complessità che queste organizzazioni hanno rispetto a quelle precedenti perché è di tutta evidenza che un conto è gestire Stellantis, un conto è gestire la pizzeria dell'angolo anche se la pizzeria dell'angolo in forma di SPA è evidente che le tematiche che deve maneggiare un amministratore delegato di una società multinazionale sono enormemente più complesse di quelle di un amministratore di una piccola attività commerciale.

Noi abbiamo questo riflesso su due profili. Il primo è quello che comprende le previsioni che includono una qualificazione professionale in capo agli amministratori. Abbiamo detto la volta scorsa che specificatamente è possibile nell'ambito dello statuto prevedere delle clausole statutarie che impongono che gli amministratori abbiano determinati requisiti qualitativi che

possono essere requisiti come titoli di studio, quindi titoli di carattere formale oppure possono essere requisiti di carattere sostanziale come l'aver svolto una determinata attività per un certo periodo di tempo. E questa previsione, che è soltanto eventuale nel codice civile, quindi per le società non quotate, diventa invece obbligatoria per quanto riguarda le società soggette a vigilanza, quindi le banche, le compagnie di assicurazione, gli intermediari finanziari hanno specifiche norme che impongono requisiti di professionalità in capo agli esponenti aziendali, quindi quello che è un'eventualità per le società così generiche diventa tipica e sostanziale per le società invece vigilate.

Poi abbiamo invece questo profilo, questo riflesso sulla elevazione degli standard di verifica del comportamento degli amministratori. Per comprendere questo profilo dobbiamo però addentrarci un attimo nella natura della prestazione dell'amministratore.

Questo ci serve anche per riflettere su quello che è il tema anch'esso della responsabilità, perché tutto ciò che è dovere si riflette poi in termini di responsabilità e quindi ha un suo versante per quanto attiene alla responsabilità degli amministratori. Allora per comprendere questa cosa dobbiamo muoverci dal presupposto che gli amministratori non hanno un obbligo di risultato quindi la prestazione connessa al rapporto di amministrazione è una prestazione di mezzi, non di risultato cosa vuol dire questo? vuol dire che l'amministratore è tenuto a svolgere la sua obbligazione secondo un determinato requisito di diligenza, ma non è tenuto a garantire alla società e in ultima istanza agli azionisti che i risultati finali dell'attività siano risultati a loro favorevoli. E' un po' la differenza che abbiamo tra l'obbligazione che ha il professionista e l'obbligazione che ha l'appaltatore. Il professionista, l'avvocato, il commercialista, lo stesso medico, il farmacista e così via sono tenuti a svolgere la loro prestazione secondo criteri professionali ma non sono obbligati a vincere la causa o a fare in modo che uno paghi meno tasse oppure che l'operazione al cuore abbia esito favorevole ma che lui faccia tutto quanto nella capacità di un professionista del livello prestato a quel tipo di attività che possa fare, quindi se a un certo punto il paziente per ragioni fisiologiche non sopravvive all'operazione non è colpa del chirurgo a meno che non abbia commesso degli errori nello svolgimento dell'operazione, del fare l'operazione e la stessa cosa è un po' la condizione appunto dell'amministratore cioè non è che se io decido come amministratore, come consiglio di amministrazione di costruire una nuova fabbrica in Cina devo essere sicuro che poi quella fabbrica renderà dei soldi, no? perché altrimenti passerei da essere, diciamo, da rispondere per, diciamo, aver operato in maniera, diciamo, secondo la diligenza, diciamo, che mi è propria a quella che è un risultato imprenditoriale che deriva anche da un'aleatorietà che cede la stessa prevedibilità da parte del singolo amministratore o del consiglio di amministrazione e quindi si distingue dal ruolo che per esempio ha l'appaltatore che mi deve invece consegnare una fabbrica funzionante per dire se gli ho dato l'incarico di costruirla.

Questo è molto importante perché sottende un principio che è il principio dell'assenza di responsabilità per le conseguenze negative dell'attività di amministratore che viene espressa

attraverso una formula diciamo, che noi mutuiamo dal sistema americano che si chiama cosiddetta Business Judgement Rule.

La Business Judgement Rule è una clausola di esclusione della responsabilità che è stata sviluppata nel sistema anglosassoni che diciamo protegge gli amministratori dalla responsabilità una volta che sia assolto diciamo che abbiano assolto il loro incarico rispettando i due doveri degli amministratori del sistema americano che sono il Duty of Care e il Duty of Loyalty che poi nascondono al loro interno gli stessi doveri che gravano sugli amministratori diciamo italiani. Cosa vuol dire la business general rule? Significa che l'amministratore non è responsabile del risultato economico dell'attività che ha svolto a condizione che abbia svolto la propria attività appunto secondo il comportamento proprio di un buon uomo d'affari e che quindi soprattutto questo si declina nel sistema americano anche a seguito di alcune importanti decisioni che sono state assunte nel passato non tanto più recente, ormai negli ultimi 40 anni, che dicono sostanzialmente che gli amministratori sono tenuti a agire laddove sono direttamente competenti attraverso un procedimento decisionale trasparente sulla base di competenze specifiche e laddove non hanno una preparazione professionale specifica per quella determinata decisione fare in modo che la società abbia tutto quel complesso di assistenza specifica che consente all'amministratore di poter assumere una decisione pur non avendo quella specifica competenza.

Cosa vuol dire questo? Che se io mi devo, per esempio, amministratore comprare una banca dovrò avere degli advisor che sono degli specialisti che so di operazioni finanziarie strutturate che hanno competenze gestionali in materia di attività regolate che mi danno degli advice specifici se io non ho già comperato o non ho già amministrato delle banche e quindi che e soprattutto che questo procedimento decisionale, questo dicono gli americani ma sostanzialmente è un elemento che poi viene in gioco anche nel contesto italiano che il processo decisionale sia tracciabile, quindi essendo la valutazione della responsabilità degli amministratori una valutazione ex post del comportamento assunto dagli amministratori io devo essere in grado io che giudico la sussistenza o meno della responsabilità, deve essere in grado di ripercorrere il percorso critico che ha condotto quell'amministratore a quella decisione e valutare se nel percorso decisionale sono state assunte tutte le cautele che il buon amministratore deve assumere soprattutto in relazione a specifiche competenze non disponibili individualmente dall'amministratore. Perciò il riconoscimento che è stata utilizzata la diligenza professionale da parte dell'amministratore, ma anche se l'operazione non ha avuto esito favorevole, manda poi l'amministratore assolto da responsabilità.

Quindi si applica la business assoluta. Qual è lo standard di valutazione della diligenza dell'amministratore? Ecco il cambiamento che si è avuto, perché mentre in precedenza, prima quindi della riforma del 2003, si valutava la diligenza dell'amministratore come una diligenza del buon padre di famiglia, quindi con una diligenza media, oggi, dopo la riforma del 2003, la diligenza dell'amministratore è una diligenza professionale. Quindi è la diligenza di chi svolge un incarico per professione. Il che attesta da un lato che l'attività degli amministratori è sempre di più un'attività di natura professionale, specifica. Si fa l'amministratore perché fai quello di

lavoro, non è una cosa occasionale. E dall'altro lato che in presenza, quello che dicevo prima, in presenza di decisioni che compendiano anche valutazioni di carattere tecnico, finanziario, economico, contabile e quant'altro, io devo dotarmi, se non ce l'ho già personalmente, di queste competenze in modo tale da poter sintetizzare, di fare la sintesi ai fini decisionali di queste specifiche competenze.

In ultimo il divieto ad agire in conflitto di interessi. Perché ovviamente il divieto di agire in conflitto di interessi, che include anche tutto il complesso delle operazioni con parti correlate, che adesso noi non possiamo in questa sede analizzare, che sono quelle operazioni per le quali le società quotate sono tenute a istituire anzitutto un comitato apposito che formula un parere di natura vincolante circa l'ammissibilità dell'operazione e secondariamente che impone al Consiglio d'amministrazione, laddove comunque intende assumere quella decisione contro un parere contrario del Comitato Parti Correlate, di dotarsi di una delibera di autorizzazione da parte dell'Assemblea. Ma le operazioni di conflitto di interessi sono quelle operazioni che vedono come controparte contrattuale, come controparte relazionale, un soggetto che è collegato agli amministratori e soci da un rapporto di carattere personale o economico. Quindi è chiaro che se io, amministratore di quella società, decido di comprare un immobile di mia moglie ovviamente mi troverò in palese conflitto di interessi. Quindi se lo compro senza rispettare i principi in materia di conflitto di interesse da società per azioni, ovviamente se quell'acquisto è avvenuto a condizioni che si sono rivelate dannose per la società, sarò obbligato ad esercitare il danno. Come funziona il meccanismo della protezione contro il divieto di agire in conflitto di interessi? Molto semplice, il 2391 sostanzialmente prevede determinate condizioni che passano attraverso una logica di trasparenza del conflitto in modo tale da poter esaminare da parte degli altri amministratori non in conflitto la sussistenza di un effettivo pregiudizio in capo alla società. Quindi cosa succede? Che se un amministratore si trova in conflitto di interessi in relazione a una determinata operazione con la società è tenuto anzitutto a informare il conflitto di amministrazione, scusate, il conflitto di amministrazione circa la natura, l'estensione e la portata di questo conflitto. Quindi è evidente che non tutti i conflitti sono uguali perché le informazioni circa la situazione possono essere di diverso segno, potrebbero essere più o meno significative. Una volta che, diciamo, l'amministratore ha assolto questo dovere informativo Se si tratta di amministratore delegato, come dicevo prima, è tenuto a restituire la delega per quell'operazione al Consiglio d'amministrazione. O il Consiglio d'amministrazione può avvocarla, anzi la dovrebbe avvocare a sé quella decisione. Una volta che quindi la decisione passa al consiglio di amministrazione e una volta che il conflitto è stato, diciamo, reso evidente, reso palese da parte degli altri amministratori, quell'amministratore in conflitto può concorrere alla votazione. perché, diciamo, si assume che la trasparenza sul conflitto di interessi abbia portato gli altri amministratori a una valutazione consapevole della irrilevanza ai fini decisori del conflitto stesso. Cioè io lo conosco, lo valuto e quindi voto favorevolmente la decisione perché ritengo che quel conflitto di interessi non provochi nessun danno alla società. Se invece quell'amministratore vota, l'amministratore di conflitto vota, senza aver rappresentato la sussistenza del conflitto, quindi se vota rendendo

non palese la situazione di conflitto allora la delibera potrebbe essere oggetto di demolizione a

due condizioni, uno che diciamo il voto in conflitto degli amministratori, dell'amministratore sia stato un voto determinante, cioè abbia concorso al passaggio, al superamento dell'approvazione della delibera e dall'altro lato che abbia creato un danno alla società perché non è detto che la mancata informazione, il voto determinante necessariamente si portino dietro un danno alla società Solo in queste condizioni la delibera può essere dichiarata annullabile e quindi solo in questo caso poi l'amministratore risponderà per il danno provocato alla società per aver agito in conflitto di interesse e in assenza di informativa al Consiglio dell'Amministrazione nel caso in cui ci fosse un amministratore unico, quindi che non ci fosse un consiglio di amministrazione, in assenza di un organo che possa valutare la portata del conflitto, di questa decisione deve essere informato l'assemblea dei soci e la prima assemblea utile, perché è evidente che in questo caso se l'assemblea riterrà che c'è una violazione dei doveri dell'amministratore, dovrebbe essere tenuta in un caso del genere ad agire in responsabilità nei confronti dell'amministratore stesso per sentirsi risarcito il danno.

Un ultimo dovere specifico che c'è degli amministratori, che diciamo è comunque riconducibile ai doveri precedenti, perché essendo previsto specificamente da una norma, che l'articolo 2390 sarebbe riconducibile alla violazione di un dovere di legge, è l'obbligo cosiddetto di non concorrenza, cioè l'amministratore è tenuto a... non può, scusate, non può essere socio di società dove essere socio illimitatamente responsabile perché in questo caso verrebbe trattato come co-imprenditore e quindi si porrebbe in una posizione di concorrenza rispetto alla società né può amministrare una società concorrente per conto proprio di terzi. Quindi essere l'amministratore di una società concorrente o di una società di proprietà di altri soggetti ma di cui è gli amministratore. La violazione di questa previsione, la struttura di questo divieto è un po' particolare perché il divieto può essere rimosso da una delibera assembleare non è più previsto per l'SRL, quindi non è un divieto specifico operante delle società di responsabilità limitata e, come dicevo, però comporta se, diciamo, svolto senza l'autorizzazione assembleare, sia la possibilità di essere revocato, sia la possibilità di subire l'azione di risarcimento dei danni per i danni provocati dall'agire in concorrenza con la società.

Adesso esaminiamo i profili di responsabilità degli amministratori. Come diceva un manuale che purtroppo non è stato più aggiornato, ma che era, a mio avviso, molto bello, che era il manuale di Francesco Galgano, di Franco Galgano, Gli amministratori sono responsabili in triplice senso. Sono responsabili nei confronti della società, sono responsabili nei confronti dei creditori sociali e sono responsabili nei confronti del singolo socio o creditore sociale. E' bene che anzitutto voi sappiate che Queste tre tipologie di responsabilità degli amministratori hanno natura però differenziata tra loro perché mentre la responsabilità nei confronti della società e nei confronti dei creditori sociali è una responsabilità di natura contrattuale quindi che muove dalla violazione di un dovere da parte dell'amministratore nel rapporto con la società quindi una violazione del rapporto di amministrazione, dei doveri previsti dal rapporto di amministrazione, invece la responsabilità nei confronti del singolo creditore sociale, del singolo socio è una responsabilità di natura contrattuale, quindi ci sono diversi profili che poi devono essere analizzati e l'altra è extracontrattuale. Quindi c'è una diversa configurazione anche poi della costruzione soprattutto dell'onere e della prova in queste

due tipi di azioni che poi adesso poi andiamo ad esaminare. Allora, vediamo anzitutto la responsabilità nei confronti della società, che è la responsabilità prevista e disciplinata dall'articolo 2392.

Questa norma ve la leggo perché secondo me è una norma che bisognerebbe quasi sapere a memoria, perché include tutto il tema dei doveri, degli amministratori e include il profilo di responsabilità cosiddetta sociale. e ci dice che 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 verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri a meno che non si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più degli amministratori.

Quindi, come vedete, in chiave sintetica, questa disposizione riassume tutto quello che vi ho detto fino ad oggi, fino ad adesso, perché specifica espressamente quali sono i doveri degli amministratori, cioè di vieto di agire contra legem o contro statuto, che poi comunque è un'applicazione di legge, e quindi non agire, perché siccome è un dovere espressamente previsto né in conflitto di interessi né in concorrenza, né in violazione appunto, come vi dicevo, di norme previste dalla legge come quella sul capitale sociale, sulla riduzione del capitale sociale per perdita, se con un dovere di diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, quindi una diligenza professionale e secondo le specifiche competenze, quindi con la diligenza quam in suis, che è un altro modo di dire la diligenza di carattere professionale, non sono responsabili se quella specifica competenza era stata delegata. Il secondo comma ci specifica che cosa residua in caso di dovere degli amministratori in caso di potere delegato, perché ci dice che in ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dall'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedire il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose.

Questo cosa vuol dire? Che questo è il contenuto del dovere di vigilanza, no? Cioè qui non è una responsabilità in agendo ma è una responsabilità in vigilando perché divento responsabile se sapendo non ho impedito. La responsabilità degli amministratori in quanto responsabilità sociale è deliberata dall'assemblea dei soci comporta, se la deliberazione è assunta con determinate maggioranze, in particolare con più del 20% del capitale sociale, la decadenza dell'amministratore. Se l'amministratore non decade, occorre che la società faccia nominare per l'esperimento dell'azione di responsabilità un curatore speciale che avrà l'obbligo di esperire questo tipo di azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore. è una responsabilità che può essere compromessa in arbitri, ma che normalmente viene, diciamo, la cui azione viene normalmente esperita davanti al Tribunale, anche perché nella più gran parte dei casi in Italia l'azione di responsabilità è esperita in sede fallimentare, cioè in sede di crisi d'impresa e quindi è esperita da parte del curatore fallimentare. in questo caso, secondo la formulazione attuale del codice della crisi dell'impresa, da parte dell'amministratore del commissario giudiziale, cioè quello quale provvede alla liquidazione giudiziaria della società.

L'altra forma di responsabilità contrattuale è quella nei confronti dei creditori sociali e sostanzialmente deriva dal fatto che l'agire dell'amministratore in violazione dei doveri che

abbiamo visto comporta l'impossibilità da parte dei creditori sociali di poter soddisfare le proprie ragioni creditorie. E quindi che cosa vuol dire? Che la responsabilità dei creditori sociali, verso i creditori sociali, è una responsabilità che deriva sostanzialmente da una carezza di attivo, perché quell'attivo diventa insufficiente per poter pagare i debiti della società. Da ciò anche la conseguenza abbastanza intuibile che nel caso di fallimento, nel caso di crisi d'impresa, l'azione sia dei creditori sociali che l'azione della società è sempre esperita congiuntamente da parte del liquidatore giudiziale, quindi del vecchio curatore fallimentare.

Tra l'altro il codice della crisi dell'impresa ha avuto anche una portata innovativa perché ha stabilito qual è il danno risarcibile soprattutto in ipotesi di azione esperita durante le procedure concorsuali. questo aspetto è molto importante perché nel passato si era molto discusso su come andasse quantificata la responsabilità degli amministratori è un argomento che può apparire diciamo non significativo ma invece ha una grande importanza perché attiene al quantum di questa azione cioè quanto posso chiedere e il codice della crisi ha chiarito un punto definitivo che era già stato in parte anticipato dalla giurisprudenza, ma che oggi diciamo fa parte di una norma di legge.

Anzitutto la responsabilità deriva sempre da atti puntuali, quindi bisogna sempre calcolare qual è il danno che ha subito la società dal compimento di quella determinata responsabilità, di quella determinata azione. Quindi se io ho comperato per esempio un bene immobile da un parente e l'ho pagato un milione di euro ma valeva 800.000 euro, il danno è rappresentato dalla sopra effettivamente pagata rispetto al valore reale del bene. E io risponderò quindi nei limiti di 200.000 euro. Se ci sono una serie di atti che producono responsabilità, bisognerebbe andare a separare il risultato economico dell'attività rispetto a questi danni e a scrivere non già il differenziale tra attivo e passivo, ma il valore economico dei danni provocati dal compimento di quella sequenza di atti. In ultimo, se la società non ha tenuto la contabilità e quindi io non posso ricostruire l'andamento economico della società nel corso del tempo, come accade tipicamente nei reati di bancarotta, la bancarotta documentale è proprio la bancarotta che deriva dal non aver tenuto le scritture contabili allora in quel caso la responsabilità sarà determinata nel differenziale tra attivo e passivo l'azione contrattuale è un'azione che comporta uno squilibrio dal punto di vista probatorio, perché sarà sufficiente a chi agisce in responsabilità dimostrare la sussistenza del danno, mentre le ragioni esimenti oppure l'insussistenza del danno, quindi l'onere dell'esatto adempimento dell'obbligazione graverà sull'amministratore verso il quale si è agito. quindi io devo provare i fatti costitutivi e l'altro dovrà provare le esimenti quindi il fatto di aver agito secondo la diligenza, di non aver agito in conflitto di interessi e quant'altro oppure l'inesistenza del danno e l'assenza di colpa da questo punto di vista che poi qui in questo caso si sostanzia nel riconoscimento dell'aver agito secondo la diligenza prevista dalla natura dell'incarico.

La terza ipotesi di responsabilità degli amministratori invece quella che è responsabilità di natura extracontrattuale cioè di aver agito per danneggiare il singolo azionista e il singolo creditore sociale. Qui non siamo in presenza di un'azione che ha una natura, diciamo così, collettiva, ma ha una natura individuale, cioè io devo individuare il danno che

quel singolo amministratore, scusate, che quel singolo socio o che quel singolo creditore sociale ha subito, perché altrimenti si ricasca nelle ipotesi di azioni sociali di responsabilità e quindi l'ipotesi è del tutto diversa. Normalmente vengono portate ad esempio come casi di irresponsabilità verso il singolo creditore, verso il singolo socio, per esempio il fatto che l'amministratore non eroghi a suo favore il dividendo, oppure che non renda una determinata prestazione che è dovuta per il singolo socio. Per quanto riguarda il creditore sociale ricorre un'ipotesi di questo genere quando per esempio è accaduto nell'ipotesi della liquidazione, quando l'amministratore abbia compiuto delle scelte societarie, attuato delle operazioni, che hanno avuto come effetto di rendere impossibile a un singolo creditore preminente di poter avere il rimborso, il risarcimento del danno che ha subito. Non sono invece danni alla partecipazione, cioè il valore economico della partecipazione non può mai essere portato come danno da parte del singolo socio, perché ciò ricadrebbe in una logica di danno derivante dall'agire imprenditoriale e quindi sarebbe scriminato dalla business judgment rule. La datura di azione extracontrattuale onera in maniera significativa però chi agisce in responsabilità cioè il singolo socio o il singolo creditore sociale perché occorrerà dimostrare la sussistenza del danno la riconducibilità del danno a una colpa dell'amministratore quindi l'elemento soggettivo e in ultimo il nesso di causalità tra il comportamento dell'amministratore e il danno come accade in qualunque azione di danno extracontrattuale, cioè di fatto è un'applicazione titolata del 2043 e quindi della necessità di dover ricostruire in che termini e in che modo sia sviluppato un danno a carico del singolo socio o del singolo creditore sociale. a queste figure, accanto alla figura dell'Organo del Consiglio di Amministrazione abbiamo però altri soggetti che svolgono funzioni lato-senso-amministrative.

In particolare una di queste figure, anzi la figura più importante, è quella del Direttore Generale. Il direttore generale non è un amministratore in senso tecnico perché non partecipa a organi amministrativi, cioè non è un consigliere d'amministrazione. Normalmente il direttore generale è un dipendente della società, ma ciò non è un elemento dirimente e oggi ci possono essere altri rapporti che giustificano il ruolo di direttore generale però il direttore generale è anche definito come il capo azienda cioè colui il quale sta al capo e al vertice della gerarchia organizzativa dell'azienda cioè al vertice dell'organizzazione e quindi ha un ruolo assimilabile a quello del datore di lavoro perché a lui compete la direzione dell'azienda in quanto soggetto apicale della stessa e interfaccia con il consiglio d'amministrazione, cioè in altri termini che cosa succederà? Succederà che il direttore generale è colui il quale attua all'interno della organizzazione aziendale le decisioni del amministratore delegato del consiglio d'amministrazione. Quindi non avrà all'interno dell'organizzazione aziendale un soggetto sovraordinato, ma sarà unicamente sotto-ordinato al Consiglio di amministrazione.

Quindi è un soggetto che esercita una sorta di autodatorialità, se la vogliamo vedere dal punto di vista lavoristico, perché non ha nessuno che eserciti su di lui un potere diciamo sanzionatorio di direzione il direttore generale può o meno avere poteri rappresentativi perché potrebbe essergli attribuito una procura che gli consente in particolare di compiere determinati atti all'esterno e soprattutto di spendere la qualità di direttore generale altrimenti se non ha questi

poteri o li esercita di fatto come è spesso accaduto nel contesto in contesti bancari oppure resterà un direttore generale che esercita soltanto poteri gestionali all'interno dell'organizzazione aziendale questa specifica natura fa sì che il direttore generale abbia una responsabilità assimilata a quella degli amministratori, tant'è vero che il 2396 ci dice che le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'Assemblea o per disposizione dello Statuto in relazione ai compiti ad essi fidati. Sono assimilate al direttore generale alcune figure, come per esempio il soggetto responsabile per le scritture contabili nelle società quotate, oppure quelli che vengono chiamati key employees o soggetti che hanno l'alta direzione dell'azienda per quanto riguarda sempre le società quotate, il che vuol dire che sono assoggettate, sono potenzialmente assoggettabili all'azione di responsabilità che è propria degli amministratori.

La figura del direttore generale è una figura molto frequente nel contesto italiano perché diciamo avendo natura di lavoratore subordinato ovviamente consente a coloro i quali svolgono anche la funzione di amministratore delegato di beneficiare degli elementi di stabilizzazione, in particolare degli elementi previdenziali che sono propri dei dirigenti d'azienda. anche se naturalmente lo assoggettano poi al regime sanzionatorio dei dirigenti d'azienda e comunque dei dirigenti in generale, in particolare con riferimento agli obblighi di lealtà e anche alla violazione delle previsioni sanzionatorie in materia di dirigenti. e vi incluso il licenziamento e quant'altro. Da ultimo per gli amministratori dobbiamo esaminare quello che sono i poteri di gestione e i poteri di rappresentanza, quindi il contenuto dei poteri degli amministratori. Allora, essenzialmente, tanto per dirlo, per semplificare il ragionamento, la differenza che corre direttore generale. Soggetti in che senso? Ha detto che ci sono altri soggetti che hanno delle aziende ministrate in capo a loro e ha fatto riferimento al direttore generale e basta. Cioè, mi ripeto, perché forse l'ho detto in maniera di... cioè, io volevo dire che l'amministratore delegato che è anche direttore generale, avendo due ruoli differenziali, cioè uno è amministratore delegato e uno è direttore generale, Assumendo il ruolo anche del lavoratore subordinato viene ad essere assoggettato anche ai doveri propri del lavoratore subordinato. Quindi al potere di essere sanzionato come sarebbe sanzionato un lavoratore subordinato. Esattamente. Mentre come amministratore io posso essere solo revocato dall'Assemblea a limite senza giusta causa invece come direttore generale posso essere licenziato dal consiglio di amministrazione quindi questa duplice qualità mi assoggetta a due diversi regimi con riguardo non tanto alla responsabilità perché la responsabilità è in quanto direttore generale assimilata a quello dell'amministratore delegato scusate a quello dell'amministratore quanto a regimi sanzionatori che può derivare dall'avvilazione di altri obblighi diversi dagli obblighi che gravano su un amministratore, su un direttore generale in quanto amministratore.

Dicevo che per segmentare o comprendere la differenza tra poteri di gestione e poteri di rappresentanza Possiamo, per quanto riguarda i poteri di gestione, raffrontarci con il potere di gestire l'organizzazione aziendale, cioè tutto ciò che riguarda i poteri organizzativi interni all'impresa, anzi meglio all'azienda, in quanto organizzazione. quindi il potere di gestione per esempio è il potere di stabilire i turni dei dipendenti è il potere di organizzare la produzione secondo determinate modalità è il potere di per esempio disporre

le macchine in un certo modo di determinare i volumi di produzione di fare tutto quello che insomma riguarda l'organizzazione e il funzionamento dell'azienda incluso per continuare nel ragionamento che facevo prima, irrogare in quanto direttore generale, in quanto amministratore a capo dell'organizzazione aziendale, come amministratore delegato per esempio le sanzioni disciplinari dei dipendenti licenziari e così via. potere che naturalmente se c'è il direttore generale poi sarà attribuito al direttore generale in quanto potere di vertice dell'organizzazione questo potere però è un potere che si esercita unicamente all'interno dell'organizzazione non ha riflessi nei confronti dei terzi quindi se io ho solo un potere gestionale non posso entrare o meglio non posso vincolare la società nei confronti dei terzi questo potere è il cosiddetto potere di rappresentanza cioè il potere di compiere atti che vincolano la società il potere di rappresentanza esiste essenzialmente in quanto la società come persona giuridica non può agire nel mondo reale se non tramite persone e quindi per agire tramite persone agisce tramite rappresentanti questa è la base, diciamo, logica del potere di rappresentanza però il potere di rappresentanza, mentre il potere di gestione è essenzialmente un potere organizzativo Quindi è analogo a quello di funzionamento e abbiamo già visto questa distinzione nell'ambito per esempio del divieto di immissione. Il divieto di immissione copre sia il potere di gestione che il potere di rappresentanza. Quindi io non posso lavorare, organizzare dentro la mia organizzazione aziendale perché anche questa cosa mi farebbe decadere dal beneficio della responsabilità limitata. ma l'agire all'esterno è tipicamente un agire rappresentativo l'agire rappresentativo deriva dalla attribuzione di un potere di rappresentanza normalmente, normalmente però non è un obbligo si fa coincidere il potere di rappresentanza col potere di gestione quindi normalmente si dice che l'amministratore delegato a cui sono affidati dei poteri è anche a poteri di rappresentanza equivalenti ai poteri di gestione, ma non è necessariamente detto che sia così perché io potrei determinare poteri di gestione più vasti e limitare i poteri di rappresentanza. Nell'ambito dei poteri di rappresentanza si distingue però anche una rappresentanza attiva rispetto a una rappresentanza cosiddetta passiva, la rappresentanza attiva è la possibilità di compiere atti vincolati all'esterno dell'organizzazione mentre la rappresentanza passiva è quella di essere il destinatario di atti compiuti da terzi che abbiano rilievo nei confronti dell'organizzazione quindi specificatamente per esempio io cito, quindi convengo in giudizio qualcuno in persona del suo legale rappresentanza Io posso definire individuali soggetti che hanno la rappresentanza passiva della società.

Normalmente la rappresentanza passiva della società, cioè la legale rappresentanza, compete statutariamente al Presidente della società. Ma può competere, come vi dicevo prima, anche ad altri soggetti a cui insieme ai poteri di gestione siano stati dati i poteri di rappresentanza, tipicamente l'amministratore delegato.

L'attribuzione di potere e rappresentanza espone la società a un tema legato all'eccesso del potere e di rappresentanza, cioè al rischio che l'amministratore agisca al di fuori dei propri poteri. Faccio un esempio. Io ho attribuito all'amministratore il potere di compiere atti fino a un milione di euro e faccio un contratto da due milioni di euro. Questo contratto è valido oppure non è valido? Questo tema si risolve in funzione dell'allocazione del rischio, cioè se il rischio deve correre dell'agire fuori dai poteri rappresentanti, lo deve correre la società, oppure lo deve

correre il terzo perché il riflesso sarebbe che se l'atto non è valido allora il terzo subisce il danno dell'invalidità dell'atto quindi subisce il rischio dell'agire fuori dai poteri rappresentativi dell'amministratore questo tema è stato risolto sulla scorta di una direttiva comunitaria dall'articolo 2384 alloca il rischio dell'esercizio della rappresentanza fuori dai confini attribuiti all'amministratore incappa la società nei limiti naturalmente dei poteri che sono esercitabili cioè nell'ambito dei poteri che sono diversi dai limiti legali della rappresentanza degli amministratori e infatti si dice il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto dalla deliberazione di nomina ed è generale quindi qualunque atto compiuto nei confronti dei terzi anche al di fuori della delega vincola la società questo vuol dire che il potere di rappresentanza è generale esporrà l'amministratore che agita al di fuori dei poteri di rappresentanza alla responsabilità nei confronti della società per il danno cagionato alla stessa in relazione all'esercizio di un potere di rappresentanza fuori dei poteri rappresentativi.

Ci sono due eccezioni a questo principio della natura generale della rappresentanza. Uno ve l'ho già detto è i divieti legali ai poteri di rappresentanza che sono in realtà quattro, cioè l'assunzione di partecipazioni che comportino un rischio illimitato 2361 secondo comma che presuppone una delibera di autorizzazione d'assemblea, l'acquisto di azioni proprie, le partecipazioni incrociate e l'agire in violazione delle regole di astensione nell'ambito delle offerte pubbliche d'acquisto. Questi sono i casi di inesistenza, scusate, e la conclusione di contratti con parti correlate, con amministrazioni e soci che superano il 10% del capitale sociale nel primo bianco di attività, 2343 bis. La seconda eccezione invece è l'agire intenzionalmente ad armo della società. Il cosiddetto consiglio fraudis, cioè quando l'amministratore si mette d'accordo col terzo che è consapevole dei limiti al potere della rappresentanza però conclude con lui un contratto. Pensate al caso in cui l'amministratore conclude un acquisto a condizioni particolarmente favorevoli al terzo con cui è socio a danno della società che non gli aveva attribuito quel potere di rappresentanza. Io mi sono messo d'accordo col terzo che ha beneficiato così della mia, della violazione del potere rappresentativo perché in questa maniera indirettamente ne ho beneficiato anch'io. C'è un accordo tra il terzo, diciamo tra il terzo e l'amministratore, passatemi il termine, per fregare la società. E quindi questa ipotesi ovviamente non è, non rientra tra le ipotesi in cui la rappresentanza generale è opponibile alla società. perché di fatto la sussistenza di un potere di rappresentanza generale comporta anche che diventa inopponibile alla società un eventuale esercizio del potere di rappresentanza fuori dei confini della rappresentanza per come attribuita. Quindi la società non potrà eccepire al terzo che per esempio quel potere di rappresentanza, che quell'azione è fuori dal potere di rappresentanza perché il solo fatto di averlo nominato amministratore o presidente, quindi di avergli attribuito un potere di rappresentanza, fa sì che la società è esposta nei confronti dei terzi.

E questo diciamo Da un lato favorisce la circolazione giuridica perché è di tutta evidenza che se il rischio dell'esercizio dei poteri di rappresentanza fuori dai confini previsti favorisce il terzo perché non lo onera dell'obbligo di verifica dei poteri rappresentativi, dall'altro lato la società per azione, la società di capitale in generale, la società di persone, dove invece abbiamo visto che i poteri di rappresentanza sono nei limiti dell'oggetto sociale, quindi impongono una

verifica della permanenza del perimetro dell'oggetto sociale del lato compiuto, questo per esempio è estremamente importante, perché nelle società di persone è tuttora possibile eccipire l'azione ultra vires dell'amministratore stesso, mentre nell'ambito della società di capitali questo confine non è sostanzialmente più possibile al dentro delle ipotesi che vi ho descritto prima. Ovviamente la responsabilità dell'amministratore per aver agito fuori dal perimetro dei poteri consegnati è derivante dall'esistenza di un danno, perché anche in questo caso se ha agito però la società non ha avuto alcun danno ovviamente non ci sarà neanche responsabilità dell'amministratore.