

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI TRA CODICE CIVILE E CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

Codice corso D21192

La responsabilità di amministratori e sindaci rispetto alle nuove fattispecie delineate dal CCII per mancata attivazione dell'allerta: le nuove condotte doverose per amministratori e sindaci; la doverosa reazione degli organi societari alla situazione pre-crisi.

RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI PER INADEGUATA REAZIONE AI SINTOMI DI CRISI

1. Premessa

L'art. 2086 c.c., dopo le modifiche apportate dal d. lgs n. 14 del 2019, ha un nuovo titolo ed un nuovo comma: vi sono impresse ben chiaramente le tracce del tempo e l'evolversi della storia.

Nel titolo precedente, *“Direzione e gerarchia dell'impresa”*, si avvertiva lo spirito dell'epoca in cui quell'articolo fu concepito, uno spirito che risuona ancora nell'invariato primo comma, in cui si ribadisce la struttura gerarchica dell'impresa della quale l'imprenditore è il capo. Il nuovo titolo – *“Gestione dell'impresa”* – mette invece da parte la gerarchia, abbandona le suggestioni militaresche e pone l'accento sugli aspetti funzionali dell'impresa (collettiva) e sui doveri di chi l'amministra.

Il vecchio primo comma appartiene al passato, il nuovo secondo comma è radicato nel presente e segnala la prospettiva verso la quale, prevedibilmente, si svilupperà in futuro molta parte della tematica della responsabilità degli amministratori di società.

Il dovere posto a carico dell'amministratore dal secondo comma del citato art. 2086 è duplice: anzitutto istituire adeguati assetti organizzativi, anche (ma non solo) in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale; quindi (e conseguentemente) attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l'ordinamento

pone a disposizione per risolvere, come possibile, la crisi e recuperare la continuità aziendale.

V' è dunque, anzitutto, un dovere di prevenire e poi v'è un dovere di reagire.

Del primo di tali doveri credo si sia già parlato nelle relazioni tenute durante il primo giorno di questo incontro di studi. Mi limiterò perciò solo a ricordare che, a seguito dell'emanazione del decreto correttivo n. 147/2020, si è chiarito come pure nelle s.r.l. e nelle società di persone competa esclusivamente agli amministratori il dovere di istituire assetti adeguati, ma non è necessariamente a loro riservata anche ogni altra competenza gestoria.

Sottolineo altresì che ora anche nelle s.r.l. amministrate collegialmente, stante il rinvio all'art. 2381 (in quanto compatibile) operato dall'ultimo comma dell'art. 2475, il dovere di prendersi cura dell'adeguatezza degli assetti grava in prima battuta sugli organi delegati, fermi ovviamente restando sia il dovere degli altri amministratori di valutare come ciò avvenga sia quello degli organi di controllo di vigilare.

2. Il dovere di attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione per superare la crisi e per il recupero della continuità aziendale.

Ora conviene però fermare l'attenzione sull'altro dovere enunciato dal secondo comma dell'art. 2086: quello di reagire tempestivamente al primo apparire dei sintomi della crisi.

Si tratta di un dovere di ordine generale, riguardante qualsivoglia impresa, ancorché la disposizione sopra citata lo riferisca espressamente solo alle imprese operanti in forma collettiva, perché è in questa che esso assume una maggiore rilevanza anche ai fini delle azioni di responsabilità eventualmente esperibili nei confronti degli organi sociali. E' evidente che anche nelle amministrazioni pluripersonali tale dovere non può non investire

l'organo amministrativo nel suo complesso, giacché involge la sopravvivenza stessa della società. Se vi sono amministratori delegati, essi dovranno quindi informare immediatamente della situazione e dar conto del loro operato al consiglio di amministrazione, i cui componenti sono a propria volta tenuti a rispettare l'obbligo di agire informati *ex art. 2381*, ultimo comma, c.c.

Il secondo comma ora introdotto nell'art. 2086 è legato da un evidente nesso sistematico con il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (c.c.i.i.), ed in particolare con i principi generali enunciati nell'art. 3 di detto codice, ove infatti si richiama espressamente il citato 2086 c.c. e si parla del dovere della “*assunzione di idonee iniziative*” per far fronte alla crisi incipiente.

Altrettanto evidente è il legame logico con i nuovi istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi, di cui agli artt. 12 e segg. c.c.i.i. Tuttavia, il dovere di attivarsi per l'adozione di strumenti idonei a fronteggiare la crisi ha una portata più ampia, perché abbraccia ogni possibile strumento utile allo scopo, vincola anche gli amministratori di società non assoggettabili alle procedure di allerta e composizione assistita (art. 12, commi 4 e 5, c.c.i.i.) ed è sin d'ora vigente benché il c.c.i.i. ancora non lo sia.

D'altronde, il dovere degli amministratori di attivarsi nei modi più opportuni per fronteggiare sintomi di crisi che potrebbero preludere ad una vera e propria insolvenza è da sempre implicito nel loro obbligo di gestire diligentemente l'impresa e di fare quanto occorre per conseguire l'oggetto sociale. E' fin troppo ovvio, infatti, che se essi restassero inerti di fronte al manifestarsi di una crisi ed all'apparire di difficoltà e squilibri economici o finanziari dell'impresa, anche il conseguimento dell'oggetto sociale ne verrebbe compromesso.

Il novello secondo comma dell'art. 2086 segnala che la reazione al manifestarsi di sintomi di crisi deve avvenire “*senza indugio*”, ma non fornisce alcuna altra indicazione circa il modo in cui gli amministratori devono attivarsi.

La formula “senza indugio” è adoperata altre volte nel codice (per esempio dall'art. 2446 c.c. per la convocazione dell'assemblea in caso di perdite di oltre un terzo del capitale sociale) e manifesta un certo margine di elasticità. Pur non costituendo un parametro rigido, tuttavia, credo che si possa fare riferimento in proposito ai criteri indicati dall'art. 24 c.c.i.i. per la concessione di misure premiali a chi faccia tempestivamente ricorso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Si dovrebbe quanto meno poter escludere che all'amministratore il quale abbia assunto iniziative entro i termini che il citato art. 24 considera tempestivi possa essere addebitato di non aver rispettato l'obbligo di reagire “senza indugio” ai sintomi della crisi.

Una ancor maggiore elasticità di valutazione s'impone quanto alla scelta dei rimedi, a condizione che essi non siano manifestamente inadeguati e che la scelta in concreto adottata non appaia del tutto irragionevole (per esempio risolvendosi nella proposizione di istanze o ricorsi inammissibili). Non esiste un modo univoco per affrontare qualsiasi crisi di qualsivoglia impresa. Occorrerà dunque che, di volta in volta, gli amministratori valutino, tenuto conto delle caratteristiche e delle dimensioni dell'impresa, del tipo di attività da essa svolta, dell'andamento del mercato di riferimento, della natura delle difficoltà economiche, finanziarie o patrimoniali insorte e di ogni altro utile elemento, a quale tra i diversi strumenti che l'ordinamento appronta è più opportuno fare tempestivo ricorso.

Non va però trascurato, sullo sfondo, il disposto dell'art. 217, comma 1, nn. 3 e 4, l.f. (ora trasfuso nell'art. 323, comma 1, lett. c e d), che segna il confine della discrezionalità degli amministratori in materia, punendo a titolo di bancarotta semplice le operazioni gravemente

imprudenti poste in essere per ritardare il fallimento (ora liquidazione giudiziale) e l'aggravamento del dissesto derivante dal non aver richiesto il proprio fallimento o da altra colpa grave. E sono disposizioni applicabili agli amministratori di società *ex art. 224 l.f.* (ora replicato dall'*art. 330 c.c.i.i.*).

3. Il dovere di comportarsi con correttezza e buona fede nell'ambito delle procedure di risoluzione della crisi o dell'insolvenza.

Una volta che sia stata tempestivamente attivata una delle possibili procedure di risoluzione della crisi o dell'insolvenza, l'amministratore ha l'ulteriore obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede, come prescrive in via generale l'*art. 4, comma 1, c.c.i.i.*

In particolare, il debitore ha: l'obbligo di completa *disclosure* verso i creditori, esteso anche ai fatti a lui non favorevoli, in deroga quindi al principio *nemo tenetur se detegere* (*art. cit., comma 2, lett. a*); l'obbligo di assumere tempestivamente tutte le iniziative che favoriscano la rapida definizione della procedura, a maggior ragione astenendosi quindi da eventuali comportamenti dilatori o ostruzionistici (*art. cit., comma 2, lett. b*); e l'obbligo di gestire l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori (*art. cit., comma 2, lett. c*), con un evidente mutamento dello scopo sociale, non più volto anzitutto all'utile dei soci bensì, appunto, alla salvaguardia delle ragioni dei creditori sui quali grava ormai il rischio maggiore.

Alcuni di questi doveri di ordine generale sono poi ulteriormente declinati nell'ambito specifico delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Ciò dicasi, in particolare, per il dovere degli amministratori di riferire agli organi di controllo i quali ne abbiano fatto richiesta, entro un congruo termine (non superiore a trenta giorni) loro

assegnato, in ordine alle soluzioni individuate ed alle iniziative intraprese in presenza di sintomi di crisi (art. 14, comma 2, c.c.i.i.).

Ovviamente rientra tra i comportamenti doverosi dell'amministratore anche il presentarsi per la prevista audizione dinanzi all'OCRI, nell'ambito della procedura di composizione assistita, ed il prestare la propria leale collaborazione per il buon esito della procedura, ove non ritenga più opportuno assumere egli stesso l'iniziativa di dar corso ad altra procedura alternativa.

4. La carota ed il bastone: misure premiali e responsabilità civile.

Per favorire l'approccio precoce alla crisi d'impresa, superando le remore culturali che finora lo hanno ostacolato, il c.c.i.i. ha previsto misure premiali in favore di chi si attenga diligentemente ai doveri di tempestiva ed efficace attivazione delle procedure di risoluzione della crisi. Tali misure operano anche per le imprese non assoggettate agli istituti dell'allerta e della composizione assistita (art. 12, comma 6), a conferma del fatto che gli obblighi in questione hanno una portata assolutamente generale.

Le misure premiali previste dall'art. 25 c.c.i.i. presuppongono una duplice condizione: a) la tempestività dell'iniziativa assunta dall'amministratore per fronteggiare la crisi, da valutare alla stregua dei rigidi parametri di cui al già citato art. 24; b) l'aver seguito in buona fede le indicazioni dell'OCRI in sede di composizione assistita, oppure l'aver tempestivamente assunto un'iniziativa di risoluzione della crisi alternativa, purché non sia risultata inammissibile.

Si tratta di benefici sia di tipo fiscale (art. 25, comma 1, lett. a, b e c), sia di tipo procedurale (art. cit. comma 1, lett. d ed e), sia di tipo penale (art. cit. comma 2), tra loro

cumulabili, che sarebbe qui troppo lungo esaminare dettagliatamente. Va però ricordato che tali misure premiali saranno operative solo da quando il c.c.i.i. entrerà in vigore.

Viceversa, la violazione dei doveri di cui s'è detto, trattandosi di doveri stabiliti dalla legge ed essendo essa per questa parte già in vigore, espone sin d'ora gli amministratori al rischio di azioni di responsabilità, sia ad opera della società sia ad opera dei creditori sociali sia, soprattutto, per iniziativa degli organi di eventuali procedure concorsuali (oltre che esporli ai rischi penali cui pure s'è fatto cenno).

Non è prevista una disciplina speciale per tale ipotesi di responsabilità, che perciò potrà esser fatta valere nei modi stabiliti per questo tipo di azioni dal codice civile e dalla legge fallimentare (o in futuro dal c.c.i.i.). Mi pare nondimeno utile sottolineare due aspetti.

Va anzitutto ricordato che, come s'è visto, vi sono ampi spazi di discrezionalità nelle scelte che gli amministratori sono chiamati ad operare in presenza di sintomi di crisi. Credo non serva molto soffermarsi a discutere del se tali scelte siano o meno comprese nel perimetro della cosiddetta *business judgement rule*. Sta di fatto che, proprio per la discrezionalità che inevitabilmente le connota, soltanto quelle manifestamente irragionevoli (anche a prescindere da eventuali ipotesi di dolo) possono comportare una qualche responsabilità civile e sono censurabili in sede giudiziaria. Tali scelte debbono comunque essere sempre valutate nella prospettiva *ex ante* e non col senno di poi. Bisogna, cioè, evitare l'errore di considerare censurabili ed irragionevoli tentativi di risolvere la crisi non andati a buon fine proprio e solo perché, appunto, non sono andati a buon fine, avendo invece ben presente che in questo genere di vicende vi è sempre una gran quantità di incognite e che gli esiti non sono quasi mai del tutto prevedibili sin da principio.

In secondo luogo non va dimenticato che, pur quando la violazione dei predetti doveri da parte degli amministratori possa dirsi acclarata, resta da individuare e quantificare il danno

che ne sia scaturito e del quale si pretende il risarcimento, con l'avvertenza che in questo caso non è applicabile l'ultimo comma del novellato art. 2486 c.c., giacché la previsione contenuta in tale norma riguarda unicamente la diversa ipotesi di responsabilità derivante dalla violazione del divieto di gestione non meramente conservativa dell'impresa in presenza di cause di scioglimento della società.

Non credo perciò che, in caso di responsabilità per violazione dei doveri enunciati dal secondo comma del citato art. 2086, si possa di nuovo ricorrere al vecchio criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare, quando vi sia stata una dichiarazione di fallimento, non foss'altro perché gli obblighi di attivarsi che l'amministratore avrebbe violato presuppongono già la presenza di sintomi di crisi e quindi, presumibilmente, di un deficit patrimoniale antecedente. Occorre invece poter valutare in quale misura la mancata o tardiva attivazione degli strumenti di risoluzione della crisi abbia effettivamente inciso in modo negativo sul patrimonio sociale. Operazione non semplice, come sempre quando si tratta di formulare ipotesi controfattuali, ma la cui oggettiva difficoltà, sempre ovviamente da valutare caso per caso, può aprire la via ad una liquidazione equitativa del danno, purché supportata da ragionevoli ipotesi ricostruttive.

Renato Rordorf