

Le responsabilità dell'amministratore delegato per attività di consulenza svolta in favore di società di capitali

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

Sommario:

1. Il Consiglio di Amministrazione e l'amministratore delegato.
2. Il conflitto di interessi dell'amministratore delegato e la conseguente responsabilità civile.
3. La responsabilità penale dell'amministratore delegato in conflitto d'interessi.
4. Conclusioni.

* * * * *

1. Il Consiglio di Amministrazione e l'amministratore delegato.

L'amministrazione è funzione centrale nella vita dell'impresa commerciale: accanto alla funzione deliberativa, tipica dell'Assemblea, essa può operare grazie al funzionamento di un organo collegiale o individuale che svolge propriamente la classica attività gestionale[1].

La funzione amministrativa è al pari di quella deliberativa assembleare, ineliminabile[2]: la necessaria presenza di un tale centro organizzativo e decisionale, non è aspetto in qualche modo correlato con la sussistenza di un requisito minimo di attitudine o di capacità tecnica, decisionale ed organizzativa da parte dei soggetti che concretamente sono chiamati ad esercitare tale funzione.

Per meglio dire, l'amministrazione, come capacità di effettuare scelte manageriali ed organizzative opportune ed economicamente convenienti tutelando al meglio e perseguendo l'obiettivo della realizzazione degli interessi della società, sono attitudini che si strutturano sulla base di un rapporto fiduciario che intercorre tra potere esecutivo e proprietà.

Il nostro codice, infatti, conferma come la fiducia, elemento fondamentale cui si è accennato, costituisce la base del rapporto che si crea tra amministrazione e proprietà: infatti nell'art. 2380, 1° comma del c.c., si

dispone che: “l’amministrazione della società può essere affidata anche a non soci”. Il legislatore, in tal modo, ha ritenuto di tralasciare la previsione di un qualsiasi requisito di conoscenza tecnica o gestionale quale presupposto per l’esercizio della funzione di amministrazione (attività dunque esperibile in proprio anche dallo stesso socio). Solo per le società di assicurazione (per le quali si veda l’art. 115, D.Lgs. 174/1995), bancarie (D.Lgs. 385/1993) e di revisione (art. 8, DPR 136/1975), il legislatore ha predisposto precisi requisiti di preparazione tecnica e professionale, onorabilità e/o iscrizioni in particolari albi.

Quindi, il rapporto di fiducia, che può instaurarsi tra l’amministrazione e la proprietà, è il vero elemento qualificante le relazioni che si formano all’interno della società e che, al contempo, appaiono e rilevano all’esterno, verso i terzi estranei.

In concreto la funzione amministrativa viene svolta sempre da persone fisiche e di conseguenza l’organo amministrativo si struttura solitamente in forma unitaria, se il soggetto cui è demandata la funzione amministrativa è una sola persona fisica, oppure in forma collegiale, quando per l’esercizio della funzione sono nominati più soggetti i quali all’occorrenza debbono organizzarsi in maniera opportuna. In entrambi i casi si avrà rispettivamente l’amministratore unico o il consiglio di amministrazione.

Comunque, la carica non può essere ricoperta da persone giuridiche: così ad esempio una S.p.A. non può essere amministratore di un’altra S.p.A.[3]

L’art. 2380, 2° e 3° comma, dispone che: “Quando l’amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione.

Se l’atto costitutivo non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all’assemblea.

Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi membri il presidente, se questi non è nominato dall’assemblea”.

L’amministratore delegato è solitamente espressione di una previsione normativa statutaria o di delibera assembleare: in ogni caso la nomina spetta sempre al CdA, con la corrispondente individuazione dei relativi compiti. La giurisprudenza di merito infatti ha affermato sul punto che: “non è omologabile l’atto costitutivo il quale, prevedendo un organo amministrativo collegiale, riserva all’assemblea dei soci la possibilità di nomina di consiglieri delegati, violandosi in tal modo una esclusività di attribuzioni prevista dall’art. 2381 del c.c.” (Trib. Bologna, Sez. IV, 20 aprile 1995, in *Le società*, 1995, 9, 1224).

La figura dell’amministratore delegato è disciplinata in particolare dall’art. 2381 del c.c. che ha sancito che: “Il consiglio di amministrazione, se l’atto costitutivo o l’assemblea lo consentono, può delegare le proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto di alcuni suoi membri o ad uno o più dei suoi membri determinando i limiti della delega. Non possono essere delegate le funzioni di cui agli articoli 2423, 2443, 2446 e 2447”.

La relazione che si instaura tra CdA e amministratore delegato è determinata sulla base della delega conferita al soggetto investito[4]. Ratio della norma è quella di garantire alla società una gestione sociale e una attitudine decisionale agile e rapida, quale è propria di un soggetto che opera individualmente.

La delega, come ha indicato la giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., 17 luglio 1979, n. 4191), consiste in una vera e propria “autorizzazione all’esercizio di determinati poteri”. Tali poteri possono avere un ambito più o meno circoscritto: oggetto della delega, e quindi dei relativi poteri, possono essere singole attribuzioni ovvero il conferimento di un potere più generale. In ogni caso, come ha indicato il codice, il CdA non può delegare le funzioni della redazione del bilancio, di aumento del capitale o riduzione dello stesso per perdite o al di sotto del limite legale.

Con il conferimento della delega, l’amministratore investito assume il potere di gestione e il CdA svolge una funzione di controllo e di vigilanza sull’operato del primo. Con la delega il Consiglio non si spoglia dei propri poteri, che potrebbe esercitare in concreto in qualunque momento e concorrentemente al delegato (anche sostituendosi ad esso), ma acquista anche una responsabilità di controllo sull’operato di quest’ultimo.

Il principio di una responsabilità in vigilando è desumibile dall’art. 2392, 2° comma, c.c., in cui si dispone che: “in ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedire il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose”. La conoscenza dell’atto pregiudizievole dal parte del Consiglio, in costanza dell’esercizio del dovere di vigilare, contiene in sé anche quello di intervenire per impedire il compimento di atti dannosi per la società (nello stesso senso anche Trib. Milano, 30 maggio 1977, in Giur. It., I, 2, 81; App. Milano, 21 gennaio 1994, in Le Società, 1994, 7, 923).

Al fine di esercitare il diritto di intervento, il Consiglio deve poter ottenere in qualunque momento da parte del soggetto delegato le informazioni su tutti quanti gli affari e gli adempimenti che vengono da questo svolti.

Il contenuto della delega può limitarsi ad un solo settore gestionale oppure può essere esteso a tutti quelli del Consiglio, pur rispettando i limiti stabiliti dal codice. La sua durata, a meno di limitazioni contenute nell’atto di nomina, coincide con quella del CdA. Il Consiglio può comunque in ogni momento e per qualsiasi motivo revocare i poteri conferiti. Avendo l’atto di revoca natura organizzativa insindacabile, per essa non vale il principio del risarcimento dei danni se è predisposta senza l’assistenza di una giusta causa (Cass. Civ., 6 agosto 1967, n. 2295, in Vita Not., 1968, 36).

Con riferimento ai limiti della delega, è da aggiungere a quanto detto una specificazione: è stata considerata illegittima, senza che sia stato possibile omologarla, la clausola statutaria di società di capitali che attribuiva all’organo amministrativo la facoltà di delegare parte dei poteri a soggetti terzi, senza espressa specificazione dei relativi limiti (in tal senso si è espresso Trib. Bologna, 10 ottobre 1989, in Le Società, 1989, 12, 1319).

L'amministratore delegato può, a sua volta, conferire la rappresentanza per singoli atti a soggetti terzi, atteso che il principio delegatus delegare non potest non opera nell'ambito del diritto privato (in tal senso Cass. Civ., 23 aprile 1980, n. 2663)[5].

Come detto più sopra, poiché l'elemento fiduciario riguarda il concreto manifestarsi delle relazioni tra le persone fisiche, il codice civile non provvede a disciplinare questa particolare alchimia intersoggettiva, ma si limita ad individuare alcune cause di ineleggibilità o decadenza dall'esercizio della funzione.

La cause di esclusione dall'esercizio della funzione di amministratore sono regolate dall'art. 2382, del c.c. il quale dispone: "Non può essere nominato amministratore, e se nominato decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, il fallito o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi".

Le cause di ineleggibilità per la nomina alla carica di amministrazione, quali l'interdizione, l'inabilitazione, l'incapacità ad esercitare uffici direttivi, sono di ordine pubblico per cui non possono essere derogate attraverso l'atto costitutivo o dallo statuto (Trib. Cassino, 26 aprile 1989, in le Società, 1989, 12, 1305).

Per le c.d. cause di incompatibilità il campo è più esteso, in quanto sancite da leggi speciali. Nel novero di queste sono da considerare i parlamentari e gli impiegati civili dello Stato; i componenti del CSM eletti dal Parlamento; gli agenti di cambio; i membri della CONSOB; gli avvocati iscritti in albi professionali (in tale ultimo caso non ci sarebbe incompatibilità quando la carica sociale non comporti esercizio di effettivi poteri di gestione e rappresentanza, Cass. Civ., 24 marzo 1977, n. 1143, in Dir. Fall., 1977, II, 419); i professori di ruolo.

2. Il conflitto di interessi dell'amministratore delegato e la conseguente responsabilità civile.

Il tema qui analizzato, non trova una particolare disciplina nell'ambito del c.c. La fattispecie astratta che può essere ricondotta all'ipotesi di compatibilità tra la concorrente funzione dell'amministratore delegato con quella di consulente, rientra nella più ampia previsione dell'art. 2391 del c.c. il quale disciplina il c.d. conflitto di interessi.

Tale norma richiamata dispone, infatti, che: "L'amministrazione, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa."

Il 2° comma continua disponendo che: "In caso di inosservanza, l'amministratore risponde delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell'operazione"

Infine il 3° comma: "La deliberazione del consiglio, qualora possa arrecare danno alla società, può entro tre mesi dalla sua data, essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci se,

senza il voto dell'amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione".

L'amministratore ha il dovere di perseguire l'interesse sociale. Pur se il legislatore non ha previsto positivamente un tale principio generale, il divieto di agire in conflitto di interessi costituisce il limite di esercizio. La violazione di tale obbligo può dare luogo anche all'attivazione della procedura di cui all'art. 2407 c.c.[6].

Gli amministratori debbono tendere alla massimizzazione dell'efficienza produttiva dell'impresa e alla massimizzazione del profitto di esercizio e del dividendo da distribuire ai singoli soci: il raggiungimento di tale obiettivi avviene attraverso un'amministrazione diligente, regolare e disinteressata e rispettosa di tutti i doveri fissati dalla legge e dall'atto costitutivo a carico degli amministratori.

Il conflitto di interessi si verifica tutte le volte che: "l'amministratore sia portatore di due distinti contrapposti interessi: il primo concerne la realizzazione di un comportamento favorevole all'amministratore stesso o a un terzo, il secondo concerne le realizzazione di un comportamento favorevole alla società; evidentemente affinché sussista la situazione di conflitto, è necessario che la realizzazione di uno dei due interessi comporti il sacrificio dell'altro" [7].

"Il conflitto di interessi presuppone semplicemente una incompatibilità tra interesse della società ed interesse personale dell'amministratore. Inoltre, la divergenza si deve realizzare tra l'interesse astratto della società e lo scopo pratico della società".[8]

La patologia della fattispecie è rappresentata dal vero e proprio conflitto, ossia dalla divergenza, sostanziale e non formale tra interesse dell'amministratore e interesse della società[9].

L'amministratore deve avere quindi un interesse, per conto proprio o di terzi, ad una operazione orientata in una determinata direzione (o conclusa a determinate condizioni), mentre risponde all'interesse sociale che l'operazione sia orientata in una diversa direzione o sia regolata da altre condizioni.

Cosicché, per verificare se l'amministratore in una data operazione abbia violato l'obbligo di non agire in conflitto di interessi, sarà necessario accertare (attività solitamente compiuta dal giudice) se l'amministratore aveva per proprio conto o di terzi un interesse a quella operazione; dall'altro lato verificare se le condizioni dell'operazione erano tali da danneggiare la società o di non consentirle di trarre tutte le possibili utilità (App. Napoli, 23 novembre 1987, in *Le Società*, 1988, 486; Cass. Civ., 22 dicembre 1993, n. 12700, in *Le Società*, 1994, 782).

In questa ricostruzione è necessario verificare se l'esistenza del conflitto sussista in concreto: non è sufficiente l'accertamento di posizioni solo potenziali. E' necessario dimostrare che l'amministratore abbia in concreto fatto prevalere il proprio interesse personale danneggiando conseguentemente quello della

società[10]. Inoltre, chi impugna un atto dell'amministratore delegato, deducendone a fondamento la specifica sussistenza di un conflitto di interessi, è tenuto a provarne anche la specifica natura del conflitto (per un caso analogo di impugnativa di una delibera di un CdA si veda Trib. Milano, 17 marzo 1986, in *Le Società*, 1986, 6, 619).

E' da precisare che seppur l'art. 2391 c.c. si riferisca all'ipotesi delle delibere del CdA, dottrina e giurisprudenza sono unanimemente concordi nel ritenere che la fattispecie non si applichi anche al caso in cui la decisione sia assunta dall'amministratore unico o dall'amministratore delegato (BONELLI, COLOMBO e PORTALE, CAMPOBASSO, COTTINO, CAGNASSO, BIANCHI, QUATRARO - PICONE; Cass. Civ., 1 febbraio 1992, n. 1089; Cass. Civ., 20 maggio 1961, n. 1199).

Più in particolare, la disciplina normativa applicabile all'ipotesi di amministratore delegato è quella prevista dall'art. 1394 c.c. in cui si dispone che: "Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo".

Da tale ultima impostazione ne deriverebbe che il conflitto di interessi dell'amministratore delegato sarebbe rilevabile dal solo rappresentato (ma la giurisprudenza sul punto non è omogenea: in quest'ultimo senso Cass. Civ., 5 luglio 1984, n. 3945, in *Le Società*, 1984, 1219; in senso contrario, Cass. Civ., 24 giugno 1995, n. 7166). Di conseguenza, mancando una delibera consiliare, la società danneggiata può impugnare l'atto o il negozio direttamente, salva, comunque e sempre, la buona fede del terzo, per cui per annullare validamente il negozio, il conflitto di interessi deve essere conosciuto o conoscibile dal terzo.

La dottrina, in realtà, ha notato come la fattispecie di cui all'art. 1394 del c.c. non si attagli perfettamente alla figura dell'amministratore, che si differenzia notevolmente rispetto al rappresentante comune: in effetti, se si parte dall'assunto che l'amministratore operi in base ad un rapporto d'ufficio, in base al quale non c'è più distinzione tra rappresentante e rappresentato, viene meno il presupposto tipico del conflitto d'interessi, ossia l'esistenza di una duplicità di soggetti [11].

Viceversa, configurando correttamente il rapporto tra amministratore delegato e società come un vero e proprio rapporto di gestione, rivive in pieno un rapporto intersoggettivo intercorrente tra una persona fisica e una persona giuridica: in tal caso l'art. 1394 c.c., troverà attuazione in tutte le operazioni compiute dall'amministratore delegato (o unico), per l'esecuzione delle quali non c'è bisogno di delibera consiliare e della relativa azione di annullabilità.

In tale ultima ipotesi, l'azione di annullamento dell'atto compiuto dall'amministratore delegato in situazione di conflitto di interessi è assoggettata ai termini di prescrizione quinquennali di cui all'art. 1442 del c.c. (così anche Cass. Civ., 1 febbraio 1992, n. 1089, in *Le Società*, 1992, 6, 785). Parte della dottrina e parte della giurisprudenza per quest'aspetto ritengono che il termine decorra da momento in cui il rappresentato (il CdA nel nostro caso) abbia avuto conoscenza dell'atto posto in essere e dei relativi effetti pregiudizievoli (D'AVANZO, MOSCO); di contro altra parte della giurisprudenza asserisce che il termine

decorra dalla data di stipulazione del negozio (Cass. Civ., 22 giugno 1990, n. 6278).

Dalla sentenza da ultimo citata la dottrina ha desunto che l'amministratore delegato potrebbe (o meglio dovrebbe), al fine di porre rimedio al rischio di annullabilità dell'atto che stia per realizzare in conflitto di interessi, informare immediatamente gli altri amministratori, cosicché sarà il CdA, con l'astensione dell'amministratore in conflitto, a deliberare sull'atto per il quale sussiste il conflitto stesso[12].

A differenza di quanto stabilito per la sussistenza del conflitto di interessi in concreto da parte di amministratori nell'ambito del CdA, la giurisprudenza di legittimità afferma che l'art. 1394 c.c. colpisce anche il conflitto di interessi (o abuso di rappresentanza) potenziale (così Cass. Civ. 1979, n. 1789).

Quindi, in conclusione, l'ipotesi di conflitto di interessi deve essere distinta a seconda che ci si trovi dinanzi ad un CdA, per il quale s'applicherà l'art. 2391 del c.c., o ad un amministratore unico o delegato, per il quale varranno gli artt. 1394 e 1395 del c.c.[13].

La giurisprudenza ha individuato una serie di ipotesi in base alle quali è configurabile un conflitto di interessi. Ciò avviene:

- nel "contratto con sé stesso". In tale ipotesi l'esistenza del conflitto è presunta e questa può essere vinta solo fornendo la prova che il rappresentato ha espressamente autorizzato il rappresentante a concludere il contratto, o ne ha predeterminato il contenuto (Trib. Milano, 3 ottobre 1985, in *Le Società*, 1986, 72);
- quando l'amministratore unico o delegato di una società ha stipulato un contratto finalizzato a provocare la concreta estinzione della società amministrata a vantaggio di un'altra società di cui lo stesso amministratore è dirigente (App. Napoli, 23 novembre 1987, in *Le Società*, 1988, 486);
- quando l'amministratore con il suo operato esclude dall'ambito commerciale la società senza una espressa volontà dell'organo sociale (Cass. Civ., 29 aprile 1992, n. 5155, in *Le Società*, 1993, 1065).

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 1394 c.c., distinguendo le ipotesi di cui all'art. 2391, c.c., quel che è importante sottolineare è che l'ipotesi di conflitto di interessi nel caso di amministratore delegato (o di amministratore unico) si verifica tutte le volte in cui l'operazione da compiere non necessiti di una deliberazione del CdA.

Detto questo, è necessario affrontare il problema della responsabilità dell'amministratore delegato che abbia agito in conflitto di interessi.

Correttamente la dottrina ritiene che seppur l'art. 1394 del c.c. nulla abbia sancito per il caso del compimento di atti in conflitto di interessi (al contrario di quanto ha sancito l'art. 2391 c.c.), l'azione di annullamento e quella di risarcimento rimangono nettamente distinte. Per cui, la disciplina dell'annullabilità degli atti negoziali posti in essere dall'amministratore delegato si rintraccia nell'art.

1394 e ss., invece, per la disciplina del risarcimento dei danni compiuti da questo nei confronti della società, rivive in pieno la disciplina degli articoli 2391, 2° comma, 2392 e 2393 del c.c.

Cosicché, il divieto per l'amministratore delegato (o unico) di agire in conflitto di interessi viene sanzionato dal comma 2°: in tale norma, come già visto, è predisposto il risarcimento delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell'operazione (questa sanzione di carattere civilistico, è rafforzata con la previsione di carattere penalistico di cui all'art. 2631 del c.c. di cui si dirà oltre).

La società, dunque ha la possibilità di agire contro l'amministratore delegato agendo attraverso l'art. 1394, oppure attraverso l'art. 2391, 2° comma: in ogni caso non verrebbe esclusa la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni ai sensi degli artt. 2392 e 2393 del c.c.

In particolare nell'art. 2393, dedicato a disciplinare i presupposti di esercizio dell'azione di risarcimento dei danni, è sancito che: "L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione.

La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare.

La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione".

Pacificamente dottrina e giurisprudenza ritengono che la responsabilità degli amministratori sia di tipo contrattuale: la delibera assembleare che autorizza l'esercizio dell'azione è una condizione dell'azione e non un mero presupposto processuale (Trib. Milano, 15 maggio 1986, in *Le Società*, 1986, 1221). Interessante notare come potrebbe verificarsi un'ipotesi di conflitto di interessi anche nel caso di delibera assembleare che decide sulla proposizione dell'azione di responsabilità voluta solo da alcuni soci che intendono promuoverla ai sensi dell'art. 2377 del c.c. (Cass. Civ., 11 agosto 1983, n. 5410).

Affinché la domanda di annullamento dell'atto posto in essere dall'amministratore delegato possa trovare accoglimento, è necessario dimostrare che:

- a) l'amministratore ha agito violando gli obblighi a lui imposti dalla legge e dall'atto costitutivo e/o violando gli obblighi di amministrare con la diligenza del mandatario;
- b) che sussiste un danno per la società;
- c) che sussiste il nesso di causalità tra danno e inadempimento dell'amministratore.

Relativamente alla lettera a), è da precisare che il rapporto che si instaura tra società e amministratore

non trova la sua fonte nel contratto di mandato, ma dà luogo ad un rapporto di immedesimazione organica avente come contenuto l'esecuzione del contratto di società. La dottrina pacificamente condivide tale impostazione (così MINERVINI, FRE', BONELLI, WIEGMAN, RAGUSA MAGGIORE, GALGANO, ALLEGRI, FERRARA jr - CORSI, DI SABATO).

La fonte dei doveri dell'amministratore è pacificamente individuata nella legge o nell'atto costitutivo: l'art. 2392, 1° comma ha solo la funzione di stabilire il tipo di diligenza che l'amministratore deve utilizzare nell'adempiere i doveri del proprio ufficio. Il grado di diligenza, (così come determinato per il mandato dall'art. 1710 del c.c.) è quella del "buon padre di famiglia".

Il concetto appena richiamato si caratterizza per essere astratto ed oggettivo, nel senso che non assumono rilevanza le qualità personali dell'amministratore. Il giudizio deve essere sempre riportato ad un modello esterno: in particolare il dovere del buon padre di famiglia non è rapportabile alla diligenza dell'uomo "medio", ma secondo l'opinione della dottrina dominante, all'amministratore è richiesta una condotta più astringente e rigida. In particolare la diligenza del buon padre di famiglia richiama il 2° comma, dell'art. 1176 del c.c. in cui è espresso che: "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'atto".

Il criterio della diligenza del buon padre di famiglia, opera sia come parametro per commisurare l'impegno profuso dall'amministratore, sia come criterio per l'individuazione della responsabilità dell'amministratore stesso; è da aggiungere che l'obbligazione dell'amministratore è un'obbligazione di mezzi e non di risultato. Egli non è responsabile se non raggiunge uno scopo prefissato.

In sostanza con l'inciso buon padre di famiglia, si fa riferimento ad una diligenza "maggiore" o più severa rispetto a quella "media": l'amministratore deve essere "un accorto gestore della cosa altrui" [14] con riferimento alle particolari aspettative della società e dei soci di conseguire un positivo risultato economico. Tale diligenza "qualificata" ha come conseguenza che:

- il giudizio sulla stessa non può tenere conto delle condizioni soggettive ed individuali del singolo amministratore;
- quale esimente, all'amministratore non basta dimostrare di aver fatto il proprio dovere: deve dimostrare che in analoghe condizioni, un amministratore accorto avrebbe fatto lo stesso;
- il giudizio di diligenza deve tenere conto della complessità e delicatezza dell'attività di gestione;
- nel valutare il grado di diligenza il giudice deve tenere conto della struttura societaria nel suo complesso, e della rischiosità e complessità dell'operazione economica.

Relativamente alle lettere b) e c) occorre verificare che il colpevole inadempimento in violazione della legge o dell'atto costitutivo posto in essere dall'amministratore, è derivato un danno causalmente

riconducibile a quella condotta .

In ogni caso saranno risarcibili solamente i danni direttamente ed immediatamente conseguenti all'atto di mala gestio, e i danni mediati ed indiretti o di gravità sproporzionata in relazione al loro fatto generatore (Cass., 19 dicembre 1985. N. 6506, in Foro it., 1986, I, 383).

L'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore delegato si prescrive nel termine di cinque anni, così come disposto dall'art. 2949 del c.c. (App. Milano, 26 febbraio 1988, in Le Società, 1988, 714).

Dottrina e giurisprudenza sono divise sulla corretta individuazione del momento in cui inizia a decorrere la prescrizione per l'esercizio dell'azione di risarcimento danni. Qualcuno lo fa decorrere dal compimento della violazione da parte dell'amministratore (Cass. 25 luglio 1979, n. 4415; FERRI e MINERVINI sottolineano come il termine non può decorrere finché il danno non si sia prodotto, poiché fino a quel momento non c'è un diritto da far valere). Altri lo fanno decorrere dal momento in cui si verifica l'evento dannoso o pericoloso (BONELLI e Trib. Milano, 22 dicembre 1988). Altri ancora lo fanno decorrere dal momento in cui il danno doveva essere scoperto con l'ordinaria diligenza (FRE', ALLEGRI, GIORGIERI).

L'art. 2392 del c.c. dispone che: "Gli amministratori debbono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale".

Come detto la responsabilità degli amministratori è di tipo contrattuale e si ricollega all'inosservanza dei doveri inerenti all'esercizio del potere di gestione e di rappresentanza (Cass. Civ., 19 dicembre 1985, n. 6493).

Nell'ambito dell'amministrazione delegata si è soliti distinguere tra delega tipica e atipica: ricorre una delega tipica quando sia consentita dall'atto costitutivo o dallo statuto. Infatti, ai sensi del 1° comma dell'articolo sopra citato, si realizza una scissione del potere di amministrazione e della conseguente responsabilità tra CdA e amministratore delegato. La delega atipica ha solamente valenza esterna e non produce la scissione di cui sopra.

Oltre a quanto detto in tema di responsabilità solidale da parte del CdA e dei suoi doveri di controllo attivo nei confronti dell'amministratore delegato è da aggiungere quanto segue.

Nella responsabilità dell'amministratore delegato bisogna distinguere se l'inadempimento sia conseguenza di una materia delegabile o meno: se l'amministratore delegato ha agito in base ad una delega del CdA, commettendo un inadempimento, ciò non lo esonera da responsabilità e dall'obbligo di risarcire i danni conseguenti agli atti posti in essere (così Cass. 27 luglio 1978, n. 3768). Il CdA risponderà secondo le regole della responsabilità solidale, ma attenuata dal dovere di vigilanza.

Se l'amministratore ha agito, invece, senza delega o compiendo attività non delegabili, risponde sempre e solidalmente dei danni subiti dalla società, mentre il CdA non usufruisce del beneficio della responsabilità attenuata della violazione dell'obbligo di vigilanza attiva.

Il danno che l'amministratore delegato dovrà risarcire comprende le perdite subite nonché il mancato guadagno sofferto dalla società: se non viene fornita una prova sufficiente, la liquidazione del danno deve essere fatta con criteri equitativi (Trib. Roma, 21 maggio 1984, in *Le Società*, 1985, 724).

3. La responsabilità penale dell'amministratore delegato in conflitto d'interessi

Oltre alle altre ipotesi di reato che il capo del codice civile, dedicato alla disciplina delle fattispecie di reato per gli amministratori delle società di capitali, ha predisposto, l'art. 2631 del c.c. sancisce la sola responsabilità penale per l'amministrazione che ha agito in conflitto di interessi con la società per la quale ha operato.

La norma citata dispone che: "l'amministratore che avendo in una determinata operazione per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società, non si astiene dal partecipare alla deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo relativa all'operazione stessa, è punito con la multa da lire quattrocentomila a quattro milioni.

Se dalla deliberazione o dall'operazione è derivato un pregiudizio alla società, si applica, oltre la multa, la reclusione fino a tre anni".

Preliminarmente e in linea generale è da dire che fino a poco tempo fa, la giurisprudenza escludeva la responsabilità penale per gli amministratori deleganti (quindi per il CdA): più recentemente, invece, sono state individuate delle scriminanti caratterizzate dal fatto che l'impresa sia di grandi dimensioni o meno e/o dal contenuto della delega stessa.

In particolare e relativamente alla delega, il CdA delegante non sarebbe imputabile penalmente se l'impresa è di dimensioni medio-grandi e tale da impedire lo svolgimento di un facile controllo sull'operato dell'amministratore delegato; quando il delegato sia soggetto dotato di una particolare competenza tecnica; che il CdA non si ingerisca nell'attività del delegato; che sia fornita idonea prova della delega di

funzioni (la Suprema corte di legittimità ha comunque escluso efficacia scriminante al delegante in materia di reati tributari, Cass. Pen., 18 luglio 1992, n. 8113).

L'operatività della norma di cui all'art. 2631 del c.c. nei confronti dell'amministratore delegato è subordinata alla preventiva delibera del CdA circa l'operazione eseguita: in caso contrario, così come accade per l'amministratore unico, tale fattispecie penale non potrà trovare applicazione, potendo l'amministratore eventualmente rispondere per i reati di appropriazione indebita aggravata (art. 646 c.p.) o del reato di cui all'art. 2624 del c.c.

Quindi è da dire che i soggetti attivi del reato in esame possono essere solo gli amministratori che partecipano a delibere del consiglio o del comitato esecutivo, in quanto la fattispecie di reato si realizza con la partecipazione alla delibera (in condizione di conflitto di interessi): nella normalità dei casi l'amministratore delegato opera senza necessità di delibera consiliare, quindi l'ipotesi configurata dalla norma è di applicazione solo teorica.

Come detto, solo sussistendo una delibera consiliare alla quale abbia partecipato l'amministratore delegato, potrebbe scattare l'azione penale, e a questo punto sarà necessario coordinare l'esercizio della stessa con quella civile ai sensi dell'art. 75 del codice di procedura penale.

4. Conclusioni.

Alla luce di quanto detto, l'attività di consulenza svolta dall'amministratore delegato in favore della società di capitali stessa deve svolgersi, nel rispetto dei principi inerenti l'esercizio della funzione gestoria.

In particolare dovrà essere sempre tutelato l'interesse sociale: in particolare nel compimento degli atti sociali si dovrà avere riguardo alla diligenza qualificata del buon padre di famiglia (così come indicato in precedenza) e al disinteresse personale al fine di non creare equivoche ipotesi di conflitto di interessi.

Dubbi non sussistono in merito all'esercizio di azione di responsabilità di tipo civilistico nei confronti dell'amministratore delegato da parte della società stessa: per quel che attiene alla responsabilità penale, come visto, sarà necessario verificare la sussistenza di una delibera consiliare per l'operazione concretamente posta in essere, poiché come detto, l'art. 2631 del c.c. che individua una responsabilità penale in capo all'amministratore per conflitto di interessi, si applica ai soli amministratori che partecipano alle delibere consiliari.

Tradizionalmente l'amministratore delegato opera senza passare attraverso le delibere consiliari, stante la finalità tipica della delega di snellire tale procedura.

Cosicché, una eventuale responsabilità penale per l'amministratore delegato che opera in conflitto di interessi sarà ricostruibile solo alla luce delle altre norme civili o penali che individuano altre fattispecie

di reato, ma che non possono incidere sullo svolgimento di una funzione di consulenza che rispetti i principi della diligenza e del non perseguimento di un interesse personale. Come visto, ad esempio, potrebbe applicarsi l'ipotesi dell'appropriazione indebita.

Diverso è il discorso nel caso di svolgimento di concorrente attività di consulenza anche per società diversa (o diverse): in tale ultimo caso e non esaminato in questa sede, potrebbero verificarsi le ipotesi del divieto di concorrenza che il codice ha cura di sanzionare all'art. 2390 del c.c.

Dr. Luca Melchionna

[1] Il nostro codice civile non definisce in modo diretto né il contenuto del potere di gestione, tantomeno il contenuto della c.d. funzione esecutiva: esse si ricavano in via interpretativa sulla base delle norme che sanciscono i diritti ed impongono i doveri in capo agli amministratori stessi. Sull'argomento più diffusamente e esaustivamente: GALGANO, *Le società per azioni*, 2 ed., in *Trattato di dir. Comm.* Diretto da F. Galgano, VII, Cedam; F. FERRARA, jr. - CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 7 ed., Giuffrè, 1987; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, 1985.

[2] Sulla funzione deliberativa dell'amministratore si veda COLOMBO - PORTALE *Trattato della Società per Azioni, Amministratori e Direttore Generale*, vol. 4, Utet, 110 e ss.

[3] Così BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 1998, 157.

[4] Sulla delega e sulla qualificazione del rapporto derivante dalla delega si vedano: COLOMBO - PORTALE, *op. cit.*, 288 e ss.

[5] Sui limiti del potere degli amministratori di conferire deleghe e terzi si veda ancora: COLOMBO - PORTALE, *op.cit.*, 124 e ss.

[6] In tal senso QUATRARO - PICONE, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, Milano, 1998, 157

[7] MONTESANO - IANNELLO, *Amministratore di società, guida operativa*, Milano, 1996, 5.

[8] QUATRARO - PICONE, *op. cit.*, 160.

[9] Così Cass. Civ., 22 maggio 1989, n. 2443, in *Dir. Fall.*, 1989, II, 1048.

[10] Cfr. BIANCHI, *op. cit.*, 388 e 389.

[11] Ancora BIANCHI, *op. cit.*, 390 e 391.

[12] Cfr. LENOCI, Nota a Sent. 1 febbraio 1992, n. 1089, in Foro it., 1992, I, 2139.

[13] In tal senso più diffusamente QUATRARO - PICONE, op. cit., 174; anche Cass. Civ., 5 luglio 1984, n. 3945, in Le Società, 1984, 1219.

[14] QUATRARO - PICONE, op. cit., 230 e ss.

<https://www.diritto.it/le-responsabilita-dellamministratore-delegato-attivita-consulenza-svolta-favore-societ-a-capitali/>