

Le responsabilità degli organi sociali – Il parere legale

di Andrea Piatti, Nicola Perrotti e Paolo Marini*

La responsabilità degli amministratori per la mancata predisposizione modello 231.

Introduzione

Il Tribunale di Milano con la sentenza 1774 del 13 febbraio 2008 ha sanzionato per la prima volta un amministratore di una società di capitali per mala gestio ex articolo 2392 del C.C. in quanto, nella sua qualità di Presidente del CdA ed Amministratore delegato della società, non solo si era reso protagonista di una serie di condotte criminose per le quali era stato anche condannato ma, avendo omesso di adottare un Modello penal-preventivo alla luce di quanto disposto dal D.Lgs 231/2001, si era anche dimostrato inadeguato rispetto al requisito di professionalità ex articolo 2387 C.C. che ogni amministratore dovrebbe soddisfare. La responsabilità amministrativa riconosciuta in capo al Presidente del CdA convenuto è tuttavia condivisa solidalmente dalla società stessa la quale, godendo dei frutti delle condotte criminose poste in essere dal suo amministratore, risponde della mancata adesione del Modello 231/2001 a norma dell'articolo 1227 del C.C.

Richiami D.Lgs. 231/2001

Per un' analisi più approfondita del D.Lgs. 231/2001, lavoro già in svolto su questa rivista, si rimanda alle precedenti pubblicazioni¹.

In questa sede si ritiene opportuno solamente segnalare che il decreto in oggetto non impone nessun obbligo per gli enti di dotarsi dei modelli 231, si vedano gli articoli 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001, anche se la scelta di non adottare un Modello penal-preventivo ex D.Lgs 231/2001, in caso di commissione dei "reati-presupposto" può portare alla comminazione di una sanzione alla società e diventare ragione per un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, proprio come nella fattispecie presa in esame.

Inoltre l'eventuale adozione di un Modello 231 idoneo a prevenire reati della specie di quelli verificatosi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado permette la riduzione della sanzione pecuniaria dalla metà ad un terzo.

Responsabilità degli amministratori delle società di capitali

La sentenza in commento fa emergere importanti interazioni tra la disciplina della responsabilità degli enti, di cui al D.Lgs. 231/2001, e la disciplina della responsabilità dell'organo gestorio di s.p.a. (rectius, dei suoi componenti) come modificata dalla riforma del diritto societario del 2003. Pare quindi utile riassumere i tratti salienti di tale riforma per comprendere quali e quanti siano i punti di contatto con la materia regolamentata dalla legge 231/2001.

Con il D.Lgs. 6/2003 avente ad oggetto la Riforma del diritto societario, il Legislatore si è preoccupato di rivisitare l'istituto della responsabilità degli amministratori di S.p.A.

* A. Piatti – Dottore Commercialista, N. Perrotti – Avvocato, P. Marini – Avvocato.

¹ Per una analisi più approfondita del D.Lgs. n. 231/01 si vedano degli autori A. Piatti – N. Perrotti: *Antiriciclaggio: ora ne risponde anche la società* in La Circolare Tributaria n. 7_08 pag. 41 e ss., *Responsabilità amministrativa degli enti allargata alla sicurezza sul lavoro* in La Circolare Tributaria n. 13_08 pag. 36 e ss., *La responsabilità amministrativa degli Enti e le attività dell'Organo di Vigilanza* in Bilancio, Vigilanza e Controlli n. 4_08 pag. 61 e ss.

in maniera decisamente più aderente alla natura del ruolo, applicando a chiare lettere il criterio della diligenza professionale al posto della preesistente diligenza del mandatario.

L'intenzione del Legislatore è stata quella di sottolineare come l'importanza e la delicatezza del ruolo gestorio di una società richiedano vere e proprie competenze specifiche di volta in volta "adattate" in base alla dimensione e alla tipologia della società e, a seguire, una responsabilità in capo all'amministratore ed un obbligo di diligenza da parte sua tuttal più diversa da quella ordinaria di un mandatario.

Gli amministratori non sono tuttavia responsabili dei risultati negativi della gestione, in quanto la propria prestazione non si configura tecnicamente quale un'obbligazione di risultato quanto piuttosto di mezzi, a meno che non sia loro imputabile un difetto nella diligenza professionale legata alla natura dell'incarico concreto.

Di conseguenza, appare chiaro che l'eventuale esito negativo della gestione non vale di per sé a configurare una responsabilità civile per cattiva amministrazione e tuttavia gli amministratori sono tenuti ad avviare iniziative che, sulla base della propria valutazione professionale, possano indurre esiti positivi, rispondendone solo se omettono questo doveroso discernimento.

La Riforma ha eliminato l'esplicito richiamo normativo per i singoli amministratori al dovere di vigilare sull'andamento generale della gestione della società, attribuendo l'onere di *valutare l'andamento della gestione* in capo all'intero Consiglio d'Amministrazione² ma sulla sopravvivenza, anche implicita, di uno specifico dovere di vigilanza in capo ai singoli amministratori si discute ampiamente in dottrina³.

Quella che appare invece sicura è la volontà del Legislatore di imporre in capo a ciascun amministratore un obbligo generale di intervento per impedire il compimento ovvero eliminare od attenuare le conseguenze di fatti pregiudizievoli per la società dei quali essi siano a conoscenza.

La responsabilità degli amministratori appare dunque come una responsabilità per *culpa in vigilando* e non una responsabilità oggettiva e non si estende infatti a coloro i quali tra essi abbiano fatto annotare senza ritardo il proprio dissenso nel libro delle adunanze e deliberazioni del Consiglio (dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale) rispetto ad iniziative od inerzie giudicate pregiudizievoli per la società.

Sulla base di tali premesse, un'azione sociale di responsabilità contro i propri amministratori può essere esercitata, secondo l'attuale normativa, dalla stessa società, da una minoranza qualificata dei soci, dall'amministratore giudiziario, dal curatore fallimentare, dal commissario liquidatore e dal commissario straordinario nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

Per la presente trattazione è interessante domandarsi dell'eventuale estensione del potere di esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori anche al commissario giudiziale nominato ai sensi dell'articolo del D.Lgs. 231/2001, sebbene la natura dell'incarico e la mancanza di un'espressa indicazione normativa in proposito non giochino a favore di una risposta positiva. Trattandosi in ogni caso di una normativa in via di continuo sviluppo, è probabile che la giurisprudenza possa fornire in futuro importanti linee guida per un'applicazione estensiva.

Nonostante rivestano un ruolo importante nella disciplina della responsabilità degli amministratori di S.p.A., le azioni esercitate dal singolo socio e dai terzi, anche se non creditori, sfumano verso situazioni di interesse non immediato e diretto rispetto all'applicazione del D.Lgs. 231/2001, richiedendo una condotta da parte

² Vedasi art. 2381, 3 comma, C.C..

³ In senso negativo vedasi Ambrosini, Montalenti e Santosuosso, in senso positivo Galgano.

dell'amministratore direttamente lesiva del diritto individuale del terzo o del socio: ipotesi questa difficilmente realizzabile in tema di applicazione della normativa sulla responsabilità degli enti.

Resta invece possibile per la società di capitali, in quanto tale, intentare un'azione di responsabilità qualora essa venisse fatta oggetto di sanzioni penal-amministrative a seguito dell'accertamento giudiziale della commissione dei reati presupposto.

In aggiunta a quanto sopra, si segnala che recentemente con il D.Lgs 32/2007 è stata data parziale attuazione al contenuto della Direttiva Comunitaria n. 51/2003 che tra le altre cose interviene sulla disciplina della Relazione sulla Gestione, documento da redigere a cura dell'organo amministrativo, ove ne ricorra l'obbligo.

L'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (Irdcec) con il documento 1 ottobre 2008 ha voluto approfondire i primi due commi e il VI bis dell'articolo 2428 C.C. alla luce di quanto sopra.

In particolare per quanto di nostro interesse il comma primo richiede l'indicazione delle descrizioni dei principali rischi e incertezze cui è esposta l'impresa e pertanto risulta necessario all'interno del documento da allegare al bilancio ordinario d'esercizio l'illustrazione delle politiche adottate per rispettare le disposizioni sulla responsabilità amministrativa delle società e degli enti, di cui al D.Lgs. 231/2001.

Da quanto sopra risulta chiaro che già con la prossima Relazione sulla Gestione, bilancio 2008, gli amministratori non si potranno più esimere da riportare tali indicazioni.

Gli scriventi ritengono che qualora non ricorra l'obbligo della redazione di tale documento gli opportuni riferimenti andranno indicati in apposita sezione della Nota Integrativa.

Le decisioni del tribunale di Milano

Sulla falsariga di quanto sopra riportato sembra muoversi anche il Tribunale di Milano nella sentenza in commento. La motivazione della sentenza è purtroppo assai sintetica e sul punto del riconoscimento della responsabilità in capo al precedente Presidente del CdA di una responsabilità amministrativa per la mancata adozione del Modello penal-preventivo D.Lgs. 231/2001 essa è addirittura assente.

I magistrati giudicanti, infatti, si sono limitati a svolgere una mera riflessione sulle circostanze di fatto, partendo dal dato incontestato dell'attribuzione a carico della società di una sanzione per la mancata adozione di un Modello che avrebbe potuto prevenire la commissione dei reati presupposto di corruzione, truffa e turbativa d'asta. Da ciò essi hanno ritenuto di poter rinvenire elementi tali per poter parlare di responsabilità per *inadeguata attività amministrativa* in capo al convenuto il quale, per la carica sociale che rivestiva, avrebbe dovuto attivarsi per tempo per riempire tale lacuna. Una volta attribuita la responsabilità per la sanzione in capo al vecchio Presidente, i giudici hanno mitigato la propria posizione riconoscendo il concorso della società attrice nella mancata adozione del Modello e nella realizzazione dei reati che hanno portato alla sanzione pecuniaria ed hanno così determinato a carico del convenuto una sanzione ridotta alla metà.

Questa decisione per quanto condivisibile nei principi generali e negli effetti appare criticabile nel metodo e nel merito.

I giudici di Milano, infatti, hanno omesso di affrontare in modo chiaro talune questioni di diritto che avrebbero dovuto essere necessariamente risolte perché la sentenza in questione potesse diventare una guida valida per le prossime decisioni sul tema.

Innanzitutto, la stringata motivazione non cita nemmeno in modo esplicito l'articolo 2392 del C.C. sulla responsabilità degli amministratori e dunque è priva di qualsiasi valutazione sull'applicabilità, piena o limitata, di detto articolo al caso concreto.

Si deduce la sua applicazione solamente per ragionamento e ciò comporta che non sia possibile dare una risposta definitiva su come i giudici abbiano valutato il rapporto esistente tra il citato articolo ed il dettato dell'articolo 2381, 3° comma C.C. ove si attribuisce al Consiglio d'Amministrazione il compito di *“valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società”*.

Detta adeguatezza, peraltro, deve essere valutata dal CdA in rapporto alla natura dell'attività svolta ed alle dimensioni dell'impresa sociale ed a tal proposito la decisione di predisporre o meno un Modello penal-preventivo per una società e di curarne l'efficace applicazione appare proprio un argomento riguardante la complessiva struttura interna dell'impresa che il CdA deve assicurare idonea a garantire l'operatività e l'efficienza amministrativa e contabile e rispondente alle prescrizioni normative.

D'altronde, anche quando la funzione di curare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società è oggetto di delega (come sembrerebbe essere stato nel caso in oggetto), compete agli organi delegati curare la sua concreta attuazione mentre la valutazione dell'adeguatezza di detti assetti spetta sempre e comunque, oltre che agli organi di controllo, al Consiglio d'Amministrazione.

Posto che la decisione di procedere con la costituzione di un Modello D.Lgs. 231/2001 afferisce alle funzioni proprie del CdA, siano esse operative o soltanto di verifica, non aver preso in considerazione in alcun modo la relazione esistente tra il convenuto-Amministratore Delegato e Presidente del CdA ed il comportamento tenuto dagli altri membri del medesimo organo sociale, appare un grave errore commesso dai giudici di merito.

In effetti, una volta dichiarato che la mancata adozione del Modello organizzativo era elemento di per sé già sufficiente per riconoscere ex se una responsabilità in capo al convenuto, bene avrebbero fatto i giudici a prendere in considerazione la condotta degli altri amministratori della società per far emergere la sussistenza o meno di una solidarietà passiva in capo a tutti i membri dell'organo sociale.

Al contrario i giudici, non avendo preso in considerazione il dettato dell'articolo 2381 C.C. per valutare la condotta del convenuto nel contesto dell'azione dell'intero CdA, scontrandosi con un ricostruzione fattuale che vedeva la società attrice parte attiva nella commissione dei reati presupposto, sono dovuti ricorrere all'articolo 1227 C.C. al fine di suddividere in modo più equo le responsabilità.

Il richiamo all'articolo 1227 C.C., tuttavia, non appare corretto.

In effetti, se il risultato finale che si ottiene è comunque la divisione dell'onere di pagare la sanzione amministrativa tra più soggetti responsabili, la giustificazione normativa che sottostà non convince.

L'articolo predetto, infatti, posto nel Libro IV del Codice Civile dedicato alle obbligazioni in generale, mal si adatta al tema in questione in quanto tratta delle conseguenze del concorso tra l'inadempimento di un debitore e la condotta di un creditore nel verificarsi di un danno, disponendo che il risarcimento per esso è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Tale norma costituisce un'applicazione specifica del più generale dovere di correttezza che incombe anche sul creditore il quale è tenuto ad impedire che una propria condotta causi un aggravamento del danno già causato dall'inadempimento del debitore che grava sul capo di quest'ultimo.

Nel caso in oggetto, il rapporto Amministratore Delegato-società potrebbe essere qualificato anche nei termini di debitore-creditore di una prestazione professionale e dunque il concorso della società che non si attivò perché il Modello organizzativo venisse predisposto potrebbe, in teoria, rispondere al fatto del creditore che finisce per aggravare il danno già cagionato dal debitore inefficiente.

Come detto tuttavia, tale ricostruzione non è completamente soddisfacente posto che l'articolo 1227 C.C. presuppone l'assenza di una specifica volontà del creditore al *verificarsi* dell'inadempimento bensì una condotta *colposa*, ovvero non voluta, che contribuisce all'aggravarsi del danno *conseguenza* dell'inadempimento.

Tale ricostruzione, dunque, comporta la sostanziale inapplicabilità dell'articolo 1227 C.C. al caso in questione ove i giudici stessi riconoscono la sussistenza di un'azione collusiva dell'intera società con il convenuto volta alla creazione di "fondi neri" per finanziare le varie attività illecite.

Appare dunque impossibile attribuire il carattere di *colposità* alla condotta tenuta da tutti gli organi decisionali e di controllo che possa giustificare l'applicazione del sopra citato articolo, quando la medesima è riconosciuta espressamente come *dolosa*.

Al contrario, l'esplicito riferimento alla sostanziale uniformità di intenti tra il convenuto Amministratore Delegato e gli altri membri del CdA avrebbe dovuto stimolare i giudici ad analizzare i rapporti sussistenti tra gli stessi e la condotta tenuta dai membri degli organi sociali alla luce del sopra richiamato articolo 2381 C.C..

Proprio la completa assenza di valutazioni sull'applicabilità del detto articolo al caso in oggetto e l'adozione del disposto di cui all'articolo 2392 C.C. senza alcun approfondimento in merito minano il carattere rivoluzionario della sentenza esaminata sottraendole autorevolezza e ponendo seri dubbi sul riscontro in futuro di decisioni conformi.

Peraltro il riferimento alla condotta degli organi di controllo che avrebbero contribuito attivamente alla realizzazione delle condotte illecite, avrebbe dovuto aprire anche il tema scottante della responsabilità dei medesimi in caso di sanzioni per mancata adozione del Modello organizzativo D.Lgs. 231/2001.

Le conseguenze applicative della sentenza sull'organo di controllo interno

Se la motivazione della sentenza risulta sintetica e lacunosa in merito ad una responsabilità in capo all'organo amministrativo per la mancata adozione del Modello penal-preventivo D.Lgs. 231/2001 la stessa risulta "muta" in ordine a qualsiasi tipo di responsabilità rispetto all'organo di controllo interno.

Infatti la sentenza, solo in un passaggio, relativo al richiamo all'articolo 1227 del C.C. fa un accenno all'azione collusoria di tutti gli altri suoi organi sia decisionali che di controllo.

Pare alquanto singolare che l'ente parte attrice non abbia pensato di estendere il contraddittorio oltre che all'amministratore convenuto anche all'organo di controllo interno per la mancata adozione di un Modello 231 a tutela della società, vista la responsabilità solidale dello stesso con gli amministratori ai sensi dell'art. 2407 C.C.

Uno degli obbiettivi dell'organo di controllo interno, in particolare del Collegio Sindacale ai sensi dell'art. 2403 C.C. è quello di garantire:

- il rispetto della normativa applicabile all'ente ed in particolare il rispetto delle leggi e dei regolamenti, delle norme statutarie, delle norme fiscali, assistenziali e previdenziali;
- un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società;

ed infine ai sensi dell'art. 2406 C.C. intervenire in caso di omissioni dell'organo amministrativo che risulti inerte.

Tale attività di vigilanza viene svolta per il tramite di un monitoraggio continuo che consiste nel:

- partecipare alle riunioni degli organi sociali nella presa visione degli atti e deliberazioni medesime;
- rilevare difformità dei comportamenti effettivi rispetto a quelli dichiarati;
- rilevare eventuali mutamenti nel sistema delle procedure interne che possano pregiudicare il rispetto della legge e dell'atto costitutivo;
- richiedere informazioni all'Internal Auditing, ove presente;
- acquisire informazioni dalla società di revisione, ove presente;
- eventuale verbalizzazione di irregolarità da sottoporre all'assemblea e/o CdA

Pertanto una adeguata struttura organizzativa aziendale, condizione necessaria per un buon sistema di controllo interno, dal 2001 non può prescindere dal Modello 231.

Inoltre è opinione comune che sotto il profilo della professionalità il Collegio Sindacale sia, di regola, attrezzato per adempiere efficacemente al ruolo di vigilanza sul Modello 231.

È evidente tuttavia che l'organo di controllo interno, per la notevole affinità professionale e per i compiti che gli sono attribuiti dalla legge, sarà uno degli interlocutori "istituzionali" dell'Organismo di Vigilanza.

Visto quanto sopra e contrariamente a quanto in sentenza, dove nulla si dice in merito, pare chiaro che l'organismo di controllo interno in caso di mancata adozione del Modello 231 sarà responsabile per culpa in vigilando quanto l'organo di amministrazione per mala gestio.

Si aggiunga inoltre che ai sensi del novellato articolo 2428 C.C. l'organo di controllo interno dovrà trovare conferma nella Relazione della Gestione o qualora tale obbligo non vi fosse nella Nota Integrativa delle giuste indicazioni in merito alle politiche adottate per rispettare le disposizioni del D.Lgs. 231/2001.

Come ultima annotazione si segnala che al momento della commissione dei reati contestati non era ancora entrata in vigore la disciplina in materia di reati di riciclaggio e ricettazione, come da articolo 25 – octies D.Lgs. 231/2001, introdotto nel nostro ordinamento con l'approvazione del D.Lgs 21.11.2007 n. 231, altrimenti anche tale reato presupposto si sarebbe verificato, giustificando una nuova e più pesante sanzione.

RIEPILOGANDO

1

Il D.Lgs. 231/2001 non ha istituito un vincolo, ma una semplice facoltà, per le società all'adozione dei modelli dallo stesso previsti.

2

Va sanzionato per *mala gestio* l'amministratore che non ha adottato i modelli richiamati, trasformando pertanto una facoltà in un obbligo.

3

Anche l'organo di controllo interno che non vigila sull'operato dell'amministratore chiedendo l'adozione dei modelli 231 ed è corresponsabile con lo stesso.

4

L'eventuale successiva adozione dopo l'avvio del procedimento penale ha effetto di "ravvedimento operoso" utile ad attenuare le sanzioni.