

La responsabilità della banca quale amministratrice di fatto

Milano, 29 aprile 2011

Prof. Avv. Matteo De Poli
Studio De Poli – Venezia
direzione@studiodepoli.it
www.studiodepoli.it

***Il problema della banca quale
amministratrice di fatto:
una questione non nuova ...***

CASS. TORINO 23.6.1886 ha affermato che
Cassa Generale di Genova era stata
amministratrice di fatto della Banca
Commissionaria di Genova, poi fallita,
accertandone la corresponsabilità nel dissesto

... su cui anche gli altri continuano ad interrogarsi

“I am a bank manager. A number of the bank’s customers are in financial difficulties at the moment and I am working with them informally to restructure their businesses. I have been warned by my regional manager that I could be held to be a shadow director of these firms. Can you explain what this means and advise on my potential exposure?”

[TCH Archives](#) > [Sunday Business Post](#) > [2008/11/23](#) >
Company matters: Sidestepping the shadow director role

***Una prima distinzione in ordine
all'ingerenza nell'impresa in
crisi***

***C'è un'ingerenza delle banche
creditrice***

e

***Un'ingerenza delle Autorità di
vigilanza***

Salvataggio di Northern Rock e *shadow directorship* delle Tripartite Authorities l'esenzione di responsabilità in *Banking Act 2008*

Ai sensi della S. 17 del *Banking Special Provisions Act 2008*, “(1) *While Northern Rock is wholly owned by the Treasury, ...none of the persons listed in paragraph (3) shall be regarded as a shadow director.... none of the persons listed in paragraph (3) shall be regarded as a person in accordance with whose directions or instructions (not being advice given in a professional capacity) the directors of a relevant undertaking are accustomed to act while Northern Rock is wholly owned by the Treasury. The persons are*

- (a) Minister of the Crown;*
- (b) the Treasury;*
- (c) the Treasury Solicitor;*
- (d) the Bank of England;*
- (e) persons— (i) employed by or under; or (ii) acting on behalf of, any of the persons in paragraph (3).”*

Qualche premessa di taglio economico

- Il bisogno di credito allenta i margini di autonomia decisionale e gestionale del soggetto bisognoso e, di riflesso, aumenta il potere economico e negoziale della banca finanziatrice
- L'imprenditore medio tende a rinviare la gestione formale della propria crisi; di riflesso, viene esaltata l'importanza di uno stimolo in tal senso da parte dei creditori, *in primis* le banche

L'oggetto di questo intervento

- L'ingerenza delle *banche creditrici* nella gestione dell'impresa in crisi: le modalità operative;
- Come si individua questa intromissione della banca nella gestione;
- A che titolo la banca risponde in caso di dissesto dell'impresa nella cui gestione si è intromessa



Le modalità operative dell'ingerenza delle banche

Una fenomenologia dei rapporti tra banca e società finanziate

Tre diverse configurazioni dell'intervento della banca nel sostegno finanziario all'impresa

- 1) Banca “coordinatrice”
- 2) Banca “fiancheggiatrice”
- 3) Banca “approfittatrice”

[da BONFATTI-CENSONI, con adattamenti]

Banca “coordinatrice”

Ha assunto un ruolo di governo del gruppo delle società finanziate perché:

- (a) ha convertito capitale di credito in capitale di rischio, o perché
- (b) ha stipulato particolari accordi contrattuali con la finanziata, o perché
- (c) ha ugualmente la capacità di condizionare attivamente la gestione

Banca “fiancheggiatrice”

Non ha assunto ruoli di governo
individuale, ma
concorre a gestire l'impresa in crisi

Banca “approfittatrice”

**Non gestisce né prende parte
alla gestione,
ma solo si avvantaggia della
stessa**



**Piani di risanamento e
responsabilità della banca: i
comportamenti da monitorare**

Qualche comportamento che le banche devono monitorare...

- 1) Inserire propri uomini nell'organo amministrativo;
- 2) Indicare i nuovi amministratori scegliendoli tra consulenti di propria fiducia (idem per il direttore generale);
- 3) Fare assumere una persona di propria fiducia lasciando che si collochi di fatto in una posizione di supremazia rispetto agli amministratori della società finanziata (ad es. selezionando i creditori da pagare);
- 4) Inviare un proprio funzionario, quale osservatore, ai consigli di amministrazione;
- 5) Fare assumere un consulente di propria fiducia lasciando che si collochi di fatto in una posizione di supremazia rispetto agli amministratori della società finanziata...

... e qualche altro ancora

- 6) Redigere un rapporto sulla situazione economica contenente delle raccomandazioni, ed imporre agli amministratori di diritto di attenersi allo stesso;
- 7) Redigere ed imporre la stipulazione di piano di risanamento “velleitario”, ossia destinato a probabile fallimento;
- 8) Sollecitare la stipulazione di un piano “velleitario”;
- 9) Condizionare contrattualmente la concessione dei finanziamenti a determinate scelte di tipo gestionale;
- 10) Controllare l'utilizzo dei fondi prestati;
- 11) Dare consigli tecnico-finanziari.



**Le tipologie della
responsabilità della banca
in rapporti
con l'impresa in crisi**

Un'ipotesi di classificazione

- A) Responsabilità *da e nell'erogazione del credito*
- B) Responsabilità da *(co)gestione, diretta o indiretta*, dell'impresa in crisi
- C) Responsabilità da *“interferenza non gestionale”* dell'impresa in crisi

(A) Responsabilità da e nell'erogazione del credito

- R. da concessione abusiva del credito
- R. da interruzione abusiva del credito

La concessione abusiva del credito

- è figura fortemente elastica e espansiva, che lascia pochi margini ad atti illeciti della banca che non ricadano nella stessa;
- tale è non solo l'erogazione di nuova finanza ad un imprenditore insolvente, ma anche la stipulazione di accordi di diverso tipo (rinunce a quote di interessi; *pacta de non petendo*; dilazioni di pagamento; *pacta ut minus solvatur*; *postergazione crediti* ecc.),
- l'esenzione da revocatoria della nuova finanza lascia ferma la possibilità di sanzionare la concessione abusiva del credito;
- civilisticamente, essa genera un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale tesa a sanzionare la lesione dell'integrità del patrimonio;

(B) Responsabilità nella cogestione dell'impresa in crisi

- R. da (concorso nel) compimento di atti di gestione conseguenti, o meno, all'ingresso nel capitale sociale della società
- R. da compimento di attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.*

Responsabilità da (co)gestione illecita

Autori: banca e gli amministratori dell'impresa in crisi

Interesse violato: quello dei creditori sociali alla conservazione dell'integrità del patrimonio

Responsabilità da concessione abusiva di credito

Autore: la sola banca

Interesse violato: quello dei creditori sociali alla loro libertà di autodeterminazione contrattuale

(C) Responsabilità da “*interferenza non gestionale*”

- Tende a valorizzare i comportamenti della banca che stanno “a cavallo” tra il *consigliare* ed il *dettare direttive*
- Prende spessore nei casi di banca che sia mera consulente o *advisor* dell’impresa in crisi
- E’ figura che ha natura “residuale”

Soggetti ed interessi in cerca di tutela

I creditori sociali, e il loro interesse:

- (a) alla conservazione dell'integrità del patrimonio
- (b) alla propria libertà di autodeterminazione contrattuale

Il piano dell'intervento

- (1) R. da concorso nel compimento di atti di gestione, conseguente o meno all'ingresso nel capitale sociale della società
- (2) R. da concorso "esterno" nell'inadempimento degli amministratori o da induzione degli stessi all'inadempimento
- (3) R. da compimento di attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c.

(1)

La responsabilità della banca per la “cogestione” dell’impresa in crisi

Il compimento di atti di gestione conseguente,
o meno, all’ingresso nel capitale sociale
della società

Gli aspetti problematici

- Una banca può assumere la qualifica di “amministratore di fatto” dell’impresa in crisi?
- Se sì, quali sono gli atti che portano a tale qualificazione?
- E le conseguenze?

Può una società di capitali essere amministratrice (di diritto e di fatto) di un'altra società?

La risposta è: sì. *Ex multis*, Consiglio notarile di Milano, massima n. 100

*“È legittima la clausola statutaria di spa o srl che preveda la possibilità di nominare alla carica di amministratore una o più persone giuridiche o enti diverse dalle persone fisiche («amministratore persona giuridica»), salvi i limiti o i requisiti derivanti da specifiche disposizioni di legge per determinate tipologie di società. Ogni amministratore persona giuridica deve designare, per l'esercizio della funzione di amministratore, un rappresentante persona fisica appartenente alla propria organizzazione, il quale assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previsti a carico degli amministratori persone fisiche, **ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore.** Le formalità pubblicitarie relative alla nomina dell'amministratore sono eseguite nei confronti sia dell'amministratore persona giuridica sia della persona fisica da essa designata.”*

L'individuazione del soggetto “amministratore di fatto”

Potrà dunque essere:

- a) la banca stessa, entrata o meno nel capitale sociale dell'impresa in crisi;
- b) un suo esponente, se questi sia stato nominato *professional advisor* della società e ne abbia assunto di fatto la direzione

Quali sono gli atti che portano a tale qualificazione?

- (a) Non quelli di mero *consiglio finanziario*, o di *stimolazione a sottoscrivere piani di risanamento*. Questi non sono *atti di (co)gestione* dell'impresa in crisi;
- (b) Non quelli di mera *erogazione del credito*;
- (c) Ma quelli di vera (*intromissione nella*) *gestione sociale* tradottasi nel compimento di atti di *mala gestio* che abbiano prodotto una lesione del diritto dei creditori alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale

Il concetto di “amministrazione”, o “gestione”

- Amministrare ≠ consigliare;
- Amministrare ≠ sorvegliare;
- Amministrare: stimolare deliberazioni di altri organi o deliberare; dare direttive, istruzioni, raccomandazioni

L'amministratore "di fatto" è necessariamente un amministratore "occulto"?

Il soggetto non investito della carica di amministratore può operare:

- (a) Indirettamente, ossia agendo sugli amministratori di diritto (in tale caso è un amministratore "occulto"), ma anche
- (b) Direttamente

Le altre condizioni per l'imputazione della qualifica dell'amministratore di fatto

- Un'investitura formale da parte del competente organo sociale? Non è necessaria (CASS. 1925/99, sulla scia di quanto da tempo affermato dalla giurisprudenza penale)
- Un qualsiasi atto di gestione? No, le funzioni gestorie effettivamente svolte devono avere avuto carattere *sistematico* e non debbono essersi esaurite nel compimento di *singoli atti di natura eterogenea ed occasionale* (CASS. 9795/99)

La responsabilità della banca amministratrice di fatto

- Banche (e/o loro esponenti) rispondono solidalmente con gli amministratori “di diritto” per l’inosservanza del dovere di conservare l’integrità del patrimonio sociale (o dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto);
- Essi possono essere aditi in giudizio con l’“azione sociale di responsabilità” ai sensi dell’art. 2393 c.c. o con l’azione *ex art.* 2394 di “responsabilità verso i creditori sociali”.

(2)

Banca e responsabilità per l' induzione all'inadempimento

Lo “stimolo”, interessato, alla sottoscrizione
di piani di risanamento o di accordi
di ristrutturazione

Premessa

- Riguardano ipotesi di interferenza nella gestione dell'ente, ma
- Che non sono idonee ad attribuire al soggetto una responsabilità *per l'amministrazione della società*

Un'ipotesi

- La stipulazione di un piano di risanamento che non abbia salvato la società dal fallimento costituisce fonte di responsabilità da parte degli amministratori della società per il ritardo nell'apertura della procedura concorsuale;
- Concorre con gli amministratori di diritto, anche a titolo di induzione all'inadempimento, la banca che abbia “stimolato” la società alla conclusione del piano velleitario

Le circostanze discriminanti nell'analisi

- Il ruolo della banca,
ma anche
- Il grado di serietà del piano
e
- Quello dell'intervento professionale

Il ruolo della banca

La sua responsabilità

- non deve avere natura “professionale” (da erroneo consiglio: non è la “consapevolezza” del consenso che entra in gioco) né “gestoria” (amministrativa o da direzione e coordinamento), ma
- deve derivare da atti che abbiano avuto l’effetto di “viziare” il consenso dell’impresa in crisi, minandone la *libertà decisionale*

Responsabilità: la natura

- Di tipo **extracontrattuale**
- Da *induzione all'inadempimento*
- In concorso con il soggetto inadempiente (gli amministratori)

(3)

Banca e responsabilità da direzione e coordinamento

Erogazione di nuova finanza ed esercizio di controllo sulla società

Il fondamento giuridico della responsabilità: l'art. 2497 c.c.

- Le società che, esercitando attività di direzione e coordinamento di altre società, agiscono nell'interesse proprio violando i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, rispondono dei danni arrecati alla redditività ed al valore della partecipazione sociale nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale
- Rispondono in solido coloro che hanno preso parte al fatto lesivo e coloro che ne abbiano consapevolmente tratto vantaggio

I destinatari dell'azione di danni

- 1) Chi, esercitando direzione e coordinamento, ha agito violando i citati principi e arrecando danno;
- 2) Chi ha preso parte al fatto lesivo pur non esercitando direzione e coordinamento;
- 3) Chi non ha agito, non ha concorso ad agire, ma ne ha tratto volontariamente vantaggio dal fatto lesivo;

Il soggetto che esercita direzione e coordinamento

- E' colui che controlla la società ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma
- anche colui che ha ricevuto il potere di dirigere o coordinare quella società con altre sulla base di un contratto o di una disposizione statutaria

Controllo della società ed esercizio di direzione e coordinamento

- Il “controllo” o il “coordinamento” della società sono il presupposto dell’operatività dell’art. 2497
- L’esercizio di direzione e coordinamento è invece l’elemento dell’integrazione della responsabilità

Tecniche di acquisizione del controllo

- Il controllo “interno” da influenza dominante può derivare:
 - da conversione del credito in azioni e dal conseguente acquisto della maggioranza dei voti;
 - da costituzione di un pegno sulle azioni;
 - da conferimento di un mandato *in rem propriam* per esercitare i diritti in assemblea;
- Il controllo “esterno” da influenza dominante:
 - da stipulazione di particolari vincoli contrattuali con la società (anche un finanziamento)

Ancora: finanziamenti e controllo esterno

- Il controllo esterno da particolari vincoli contrattuali può discendere dall'inserimento di patti (*covenant*) che conferiscono particolari poteri di condizionamento dell'attività gestionale degli amministratori dell'impresa in crisi

Un'ipotesi da monitorare

Il sostegno finanziario dato dalla società controllata
alla *holding* debitrice della banca,
ruolo e responsabilità di questa

Le possibili qualificazioni

L'intervento della banca può configurare:

- 1) Esercizio *diretto* di attività di direzione e coordinamento nell'interesse proprio; oppure
- 2) Mera partecipazione ad un'attività illecita della *holding*; o
- 3) Mero, ma consapevole, approfittamento dei benefici derivanti da tale attività.

Le conseguenze

- *Sub 1 e 2* : la responsabilità diretta verso i soci della controllata, per la lesione loro arrecata alla redditività ed al valore della partecipazione sociale nella società; e verso i creditori sociali, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società;
- *Sub 3*: la responsabilità diretta, ma nei limiti dei vantaggi ricevuti

Oltre l'Italia...

Il problema in altri paesi di *civil law*
e di *common law*

La situazione in Francia

- L'intromissione della banca nella gestione dell'impresa debitrice può portare la banca ad essere qualificata come “creditore temerario” (art. 650 *Code de Commerce*)
- A) in caso di frode
- B) in caso di intromissione nella gestione dell'impresa
- C) in caso di prestazione di garanzie sproporzionate

E in Gran Bretagna

- S. 251 dell'*Insolvency Act* pone la responsabilità in capo alla persona (*shadow director*) “in conformità alle cui direttive ed istruzioni gli amministratori sono soliti agire”
- Per questo le banche inglesi usano frapporre fra se e l'impresa finanziata una “*doctor company*” o una società di contabili professionisti

Il ruolo del *professional advisor* in “Tasbian Ltd”

La Court of Appeal ha accertato che Mr Nixon (il *professional advisor*)

- a) “Negotiated an informal moratorium with creditors...”
- b) Became a signatory on Tasbian’s bank account...
- c) Monitored Tasbian’s trading and controlled its bank account through the bank mandate”

E ne ha tratto la sua **personale responsabilità** quale *shadow director*

Uno sguardo oltre oceano

Krtolica v Westpac Banking Corporation, 9 gennaio 2008, NZ

Krtolica v Westpac Banking Corporation

Il 9 gennaio 2008, Stevens J, Auckland High Court (NZ), ha respinto una domanda di condanna di una banca quale amministratrice di fatto affermando i seguenti principi:

- 1) *“Lenders are entitled to protect their interests”*;
- 2) *“Lenders should allow directors to maintain independent judgement to the fullest extent possible”*;
- 3) *“Effective control of a customer is not permitted”*
- 4) *“Involvement has a cumulative effect”*

Ed ancora...

- 5) *“Some types of involvement are more controversial than others*
- 6) *An interest in the company and an ability to appoint directors will not automatically lead to a finding of shadow directorship*
- 7) *The professional capacity exception will not always protect financiers”.*