

**APPUNTI SUI CRITERI GIURIDICI DELLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NELLE
AZIONI DI RESPONSABILITÀ PROMOSSE CONTRO ORGANI SOCIALI DI UNA
BANCA¹.**

a cura di Ilaria Della Vedova

Nell'ambito delle azioni di responsabilità promosse contro gli organi sociali, il tema della prova dell'esistenza, entità e consistenza del danno prodotto al patrimonio di una società di capitali dagli organi responsabili della gestione della stessa è certamente centrale, integrando forse l'aspetto maggiormente problematico per chi promuove l'azione ed è onerato, appunto, di quantificare il danno. Esaminando i precedenti giurisprudenziali in materia, non è infrequente trovare pronunce da cui si ricava come la società attrice (o la curatela) avesse correttamente allegato in causa gli atti di *mala gestio*, ma non fosse riuscita a fornire un'esatta quantificazione del danno, poggiando magari la domanda di condanna al risarcimento del medesimo su criteri sintetici o approssimativi che non hanno retto al vaglio giudiziale.

Prima di esaminare i criteri *economici* normalmente utilizzati per giungere alla quantificazione del danno causato al patrimonio della società, ricordiamo brevemente il perimetro normativo entro il quale ci si muove. I parametri normativi da tenere in considerazione nella determinazione del *quantum* del danno risarcibile sono quelli stabiliti dall'art. 1223 c.c., che recita “*il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*”. L'art. 1223 c.c. fissa il contenuto dell'obbligazione risarcitoria nella perdita subita e nel mancato guadagno (quindi nei cc.dd. danno emergente e lucro cessante).

¹ Questi appunti sono tratti dalla Relazione tenuta al Seminario sul tema “Nesso di causalità e criteri del danno risarcibile” nell'ambito del Ciclo di Seminari su “La concessione di credito bancario. Profili di responsabilità degli esponenti aziendali bancari” organizzato dalla Cattedra di Banking Law e di Diritto dei Mercati Finanziari della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova.

Nel caso in cui il danno non possa essere determinato nel suo preciso ammontare, l'art. 1226 c.c. prevede che il giudice possa valutarlo in via equitativa.

Ciò premesso, nel costruire la domanda di risarcimento del danno il primo criterio da tenere in considerazione e da cui non si può prescindere è quello per cui il danno risarcibile è quello causalmente riconducibile in via immediata e diretta alla condotta colposa e dolosa dell'amministratore e/o del sindaco contraria ai suoi doveri.

Prima di giungere alla quantificazione del danno, però, è necessario individuare chiaramente l'esistenza di un danno risarcibile e delimitarlo: questo è un momento distinto da quello della sua determinazione, che implica l'adozione di un adeguato criterio di liquidazione. L'attore in un'azione di responsabilità dovrà quindi anzitutto *provare l'esistenza* di un danno e poi dovrà tradurlo in termini monetari.

Quella appena svolta può sembrare constatazione banale, ma non lo è se si pensa che spesso la società attrice quantifica il danno adottando un criterio sintetico, che nega in radice la possibilità di individuare le singole operazioni – frutto di un'azione o di un'omissione dolosa o colposa – che siano risultate direttamente ed immediatamente causative di un dissesto patrimoniale della società. L'adozione di un criterio sintetico opera, di fatto, una crasi tra i due momenti dell'*individuazione e prova* dell'esistenza del danno e della sua *quantificazione*.

Vediamo perché l'adozione di un criterio di tipo c.d. sintetico nella determinazione del danno non appare rigoroso rispetto all'onere della prova che grava sull'attore. E partiamo dall'analisi dei precedenti in materia.

La maggior parte dei precedenti giurisprudenziali relativi alla quantificazione del danno causato da atti di *mala gestio* riguarda le azioni di responsabilità promosse dalla curatela fallimentare contro gli ex amministratori e sindaci della società fallita. Ciò dimostra che la maggior parte delle azioni di responsabilità sono promosse in seno ad una procedura fallimentare (o, quanto meno, che quelle relative alle società *in bonis* non arrivano a sentenza).

L'analisi dei precedenti giurisprudenziali resi in seno ad azioni promosse dalla curatela è utile per comprendere come l'adozione di criteri sintetici nella determinazione del danno sia assolutamente fallace e destinata verosimilmente a produrre il rigetto della domanda azionata in giudizio. Anche nell'ambito di quella giurisprudenza si è arrivati, infatti, a negare l'utilizzabilità di un criterio sintetico quale quello del *deficit* fallimentare, se non in due fattispecie (ovvero in caso di mancanza della contabilità, che si traduce nell'impossibilità di ricostruire gli affari dell'impresa; oppure in caso di dissesto cagionato da attività distrattiva reiterata e sistematica, tale da escludere possibilità concreta di quantificazione parametrata sul valore dei beni distratti).

Nel caso di azioni di responsabilità promosse contro gli organi sociali di una banca – quelle di cui ci occupiamo in questa sede – è assai inverosimile che possano ricorrere le due fattispecie sopra descritte che consentono l'adozione di criteri sintetici di quantificazione del danno.

In aggiunta a quanto detto fin qui, bisogna considerare che l'adozione di un criterio sintetico, quale esso sia, non può essere ritenuta coerente con i principi che disciplinano la responsabilità degli amministratori e dei sindaci, perché essa confligge con la c.d. *business judgement rule*.

La posizione assunta dalla giurisprudenza, anche di legittimità, in materia di responsabilità degli amministratori porta ad affermare che anche nel nostro ordinamento trovi applicazione il principio della c.d. *business judgement rule*, in altre parole dell'impossibilità per il giudice di sindacare nel merito le scelte gestorie compiute dall'organo amministrativo. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il giudizio sull'operato dell'amministratore deve considerare la diligenza mostrata "*nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità*" (così, da ultimo, CASS. 12 febbraio 2013, n. 3409).

L'adozione di un criterio sintetico di quantificazione del danno (non solo quello del c.d. deficit fallimentare, ma anche quello della differenza tra netti patrimoniali, che si è affermato dopo l'abbandono del più risalente criterio del deficit patrimoniale), come dicevamo sopra, opera di fatto una crasi tra

individuazione degli atti forieri di danni e quantificazione degli stessi, impedendo, quindi, di attribuire un importo di danno a ciascun atto di *mala gestio*. Di conseguenza, attraverso l'utilizzo di un criterio sintetico si arriverebbe a considerare fonte di danno anche l'atto che sia conseguenza di scelte gestorie legittime e non viziate da inadempimento di alcun genere.

I criteri sintetici sono, in sostanza, meccanismi di valutazione in via equitativa del danno, valutazione equitativa che, però, a mente dell'art. 1226 c.c., può essere utilizzata quando il danno è provato rispetto alla sua certa esistenza e c'è un'impossibilità, o un'oggettiva difficoltà, per l'attore di provare l'esatto ammontare dello stesso.

Ma nelle azioni di cui stiamo discutendo, i danni subiti dalla banca per effetto della violazione delle regole sul processo del credito sono il frutto di una serie di operazioni ben individuabili nelle quali gli amministratori non hanno applicato le norme di legge o regolamentari (e i sindaci non hanno adeguatamente vigilato sull'applicazione delle stesse) o, comunque, non si sono comportati con la diligenza richiesta dal criterio di sana e prudente gestione.

Al fine di fornire una prova rigorosa circa l'ammontare dei danni causati dagli organi sociali di una banca, l'attore dovrà allora applicare un criterio di tipo analitico ed individuare le operazioni imputabili agli amministratori che si siano tradotte in un danno.

Vediamo come si possono correttamente individuare le operazioni di erogazione del credito che possono essere qualificate quali atti di *mala gestio* nei quali gli organi sociali non possono invocare la difesa data dalla *business judgement rule*, trattandosi di erogazioni di credito deliberate in violazione di norma primarie o regolamentari.

L'esame più semplice è quello delle posizioni appostate a sofferenze (precisiamo che le posizioni *in bonis* non vengono prese in considerazione perché potranno anche essere operazioni di credito erogate in spregio alla normativa, ma non si sono tradotte in un danno se il debitore sta regolarmente ripagando il finanziamento ricevuto), mentre quelle appostate ad incaglio meritano una considerazione a parte.

In linea teorica, è possibile affermare che, laddove l'organo amministrativo abbia erogato finanziamenti nonostante il parere contrario dell'Ufficio Fidi e non vi sia nella delibera una confutazione adeguata delle ragioni per discostarsi dal predetto parere e una, altrettanto adeguata, motivazione circa la convenienza per la banca di procedere a un'operazione che si era appalesata agli uffici come rischiosa, allora è configurabile una responsabilità in capo all'organo competente (consiglio amministrativo, di certo, ma in molti casi anche Direttore Generale) per non aver tenuto una condotta sufficientemente prudente e per non aver preventivamente soppesato adeguatamente i margini di rischio sottesi alla singola erogazione di credito. Da tale responsabilità consegue anche quella dei sindaci, quando non abbiano fatto constare il loro dissenso alla deliberazione.

Data tale premessa, si tratta di capire come vada quantificato il danno connesso ad una posizione già appostata a sofferenza. Si dovrà necessariamente partire dall'esposizione debitoria al momento del passaggio a sofferenza; non di meno, non è affatto scontato che il danno coincida con il credito maturato verso il soggetto affidato poi rivelatosi inadempiente.

In estrema sintesi, possiamo affermare che si possono verificare tre diverse ipotesi:

- 1) se il credito non è più recuperabile, allora il danno coinciderà con la perdita subita dalla banca;
- 2) se il soggetto finanziato è fallito o ha avuto accesso a una procedura concorsuale, il danno sarà la differenza tra il credito vantato dalla banca e la parte dello stesso che appare recuperabile alla luce del piano di riparto o della proposta concordataria o di ristrutturazione dei debiti;
- 3) se è ancora possibile agire per il recupero del credito, avendo il debitore un patrimonio sufficientemente capiente, si dovrà stimare la parte di credito che appare certamente recuperabile e quantificare il danno nella differenza.

Sulla terza ipotesi sopra elencata si apre, però, un tema delicato, ovvero la quantificazione della differenza tra l'esposizione del debitore e la parte del credito che appare recuperabile; e ciò in particolare quando l'operazione creditizia era assistita da garanzie. In questo caso, infatti, è necessario stimare l'importo che appaia astrattamente recuperabile dall'esecuzione su un immobile o, comunque, sul patrimonio del fideiussore o, eventualmente, anche sul bene offerto come garanzia pignoratizia.

Prima di passare alla stima, però, appare necessario chiedersi se si tratti di un danno attuale o futuro. A mio parere, il danno è attuale, mentre è incerta la sua quantificazione perché il parziale ristoro dipende da un evento futuro (realizzo dalla vendita del bene oggetto di garanzia o escussione della garanzia fideiussoria sul patrimonio del garante). Ma la prova del danno può essere fornita con ogni mezzo, anche attraverso le presunzioni semplici.

Si dovranno allora stimare – sulla base dell'*id quod plerumque accidit* – le concrete possibilità di realizzo da un'esecuzione. Si tratta di fornire la prova mediante presunzioni. In casi come questi, il ricorso alle presunzioni può, infatti, rivelarsi di importanza fondamentale per la quantificazione del danno. In subordine, si potrà chiedere al giudice di determinare il danno (non nella sua totalità, ma solo su una parte dello stesso) in via equitativa, perché la valutazione equitativa può rendersi necessaria anche solo per una parte del danno.

Un altro tema delicato con cui l'attore in un'azione di responsabilità deve confrontarsi è quello dei c.d. danni futuri. Come noto, infatti, il giudicato copre il dedotto e il deducibile, quindi la quantificazione del danno copre sia i danni presenti sia quelli futuri che fossero stati obiettivamente accertabili nel giudizio.

Nelle azioni di responsabilità si domanda il risarcimento sia del danno presente – cioè quello già prodottosi - sia del danno futuro rispetto al momento della liquidazione. Come noto, i danni futuri sono risarcibili purché fondati su una causa efficiente già in atto, il cui esito sia obiettivamente prevedibile. Secondo la giurisprudenza di legittimità, è sufficiente una ragionevole e fondata previsione circa il verificarsi del danno, non occorre l'assoluta certezza che lo

stesso si verificherà. Di regola la determinazione del danno futuro è soggetta ad una valutazione equitativa, previa dimostrazione dell'esistenza del danno stesso.

Ciò premesso, in estrema sintesi, quanto ai criteri di determinazione dei danni futuri, bisogna chiedersi in quali ipotesi si possa verificare un danno futuro nelle azioni di cui discutiamo. A mio parere, il danno futuro è individuabile proprio nelle posizioni appostate ad incaglio (ecco perché esse debbono essere valutate diversamente rispetto alle posizioni appostate a sofferenza). Le posizioni ad incaglio che possono essere contestate agli organi sociali quali atti di *mala gestio* andranno selezionate secondo i medesimi criteri adottati per le sofferenze ed elencati sopra.

Ricordiamo la definizione data nelle Istruzioni di Vigilanza degli incagli: essi sono “esposizione per cassa e fuori bilancio nei confronti dei soggetti in temporanea situazione di obiettiva difficoltà, che sia prevedibile essere rimossa in un congruo periodo di tempo”.

Ora, se pur è vero che per le posizioni appostate ad incaglio è ancora possibile la rimozione della difficoltà economica che impedisce la regolare restituzione del finanziamento – il che porterebbe *prima facie* ad escludere che il danno sia già esistente -, non di meno, se si considerano le definizioni date ai crediti deteriorati dalla Circolare di Banca d'Italia n. 272 del 2008 (la c.d. Matrice dei Conti, aggiornata da ultimo a gennaio 2015), si ricava come nella categoria ampia delle posizioni “incagliate” (ricavata per differenza escludendo i crediti appostabili tra le sofferenze) rientrino altresì posizioni per le quali si può utilmente sostenere che il danno verosimilmente si verificherà.

Mi riferisco, in particolare, alle c.d. inadempienze probabili (*unlikely to pay*) nella definizione data nella Matrice dei Conti; anzitutto, non è necessario attendere il mancato rimborso del finanziamento per inserire una posizione nella categoria delle c.d. *unlikely to pay*, laddove appaia improbabile che senza l'escussione delle garanzie ci sarà la restituzione, in tutto o in parte, del finanziamento (tale considerazione si traduce, in seno all'azione di responsabilità, nella possibilità di contestare agli organi sociali il compimento di operazioni di finanziamento a favore di soggetti non ancora *in default*). Inoltre,

vanno incluse in tale categoria le linee di credito c.d. “*non performing exposures with forbearance measures*” di cui all’Allegato V, parte 2, paragrafo 180 degli ITS (ovvero gli Implementing Technical Standard della European Banking Authority).

La definizione data al paragrafo 180 dell’Allegato V, parte 2, degli ITS è la seguente:

Non-performing exposures with forbearance measures comprise forborne exposures that meet the criteria to be considered as non-performing. These exposures are those that have been non-performing due to the extension of forbearance measures, which were non-performing prior to the extension of forbearance measures and to which conditions in paragraph 157 apply, and forborne exposures which have been reclassified from the performing category, including exposures under probation having been re-forborne or more than 30 days past-due. Exposures to which paragraph 157 applies shall be separately identified in the column “of which: forbearance of non-performing exposures”.

Da ciò si ricava come anche le posizioni che sono state oggetto di rifinanziamento vadano segnalate tra le c.d. *non-performing* qualora ricorrano i presupposti sopra elencati.

In conclusione su quanto detto fin qui, l’analisi capillare delle posizioni appostate ad incaglio – anche attraverso l’applicazione degli ITS sopra citati – consente di selezionare con rigore le posizioni sulle quali si prevede emergerà un danno futuro. Inoltre, l’utilizzo degli standard raccomandati dall’Autorità Bancaria Europea consente, a mio parere, di fornire la prova per presunzioni circa la probabilità del verificarsi del danno futuro (danno che, in ogni caso, sarà quantificato mediante ricorso alle presunzioni e sulla base di una valutazione equitativa eseguita dal giudice) e, quindi, di ottenere il ristoro anche dei danni futuri (quelli, come noto, di più difficile quantificazione per le ragioni anzidette); e ciò a tutela del patrimonio della banca, minato dalle operazioni di concessione del credito effettuate in violazione delle norme di fonte primaria e regolamentare poste a presidio di una sana e prudente erogazione del credito stesso.