

STUDIO DE POLI

VENEZIA



IL PROFESSIONISTA NELLA *GOVERNANCE* SOCIETARIA

PROF. AVV. MATTEO DE POLI
VERONA, 2 MARZO 2018, ORDINE DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI

I PROBLEMI

1. A quale titolo l'iscritto all'albo componente di organi sociali risponde dei danni arrecati con la propria azione o omissione?
2. La "professionalità" presunta dell'iscritto all'albo interferisce con le regole attributive della responsabilità degli organi sociali o delle altre figure incluse nella governance societaria?

Art. 1176 (Diligenza nell'adempimento) c.c.: 1. Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. 2. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

Art. 2236 (Responsabilità del prestatore d'opera) c.c.: Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave.

Cassazione Civile, Sez. II, 23 aprile 2002, n. 5928

“Il professionista, nella prestazione dell'attività professionale, sia questa configurabile come adempimento di un'obbligazione di risultato o di mezzi, è obbligato, a norma dell'art. 1176 c.c., ad usare la diligenza del buon padre di famiglia; la violazione di tale dovere comporta inadempimento contrattuale, del quale il professionista è chiamato a rispondere anche per la colpa lieve (salvo che nel caso in cui, a norma dell'art. 2236 c.c., la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà), e, in applicazione del principio di cui all'art. 1460 c.c., la perdita del diritto al compenso.”

2) LA SOLUZIONE DI PROBLEMI DI SPECIALE DIFFICOLTÀ

Cassazione Civile, Sez. II, 23 aprile 2002, n. 5928.

“La disposizione dell'art. 2236 c.c., secondo cui quando la prestazione professionale implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave, deve intendersi nel senso che l'impegno intellettuale richiesto in tali casi sia superiore a quello professionale medio, con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch'esse superiori alla media; l'onere di dimostrare la sussistenza di quel *quid pluris* che potrebbe comportare una attenuazione della responsabilità incombe in ogni caso sul _____ professionista.

3) PROBLEMI DI SPECIALE DIFFICOLTÀ E NEGLIGENZA/IMPRUDENZA

Cassazione Civile, Sez. III, 05 luglio 2004, n. 12273.

“La limitazione di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave concerne la sola colpa derivante da imperizia e non anche quella che dipenda dal difetto di diligenza e di prudenza.”

4) SULLA DILIGENZA SPECIALE DEL PROFESSIONISTA

Cassazione Civile, Sez. III, 25 settembre 2012, n. 16254.

La diligenza esigibile dal professionista o dall'imprenditore, nell'adempimento delle obbligazioni assunte nell'esercizio delle loro attività, è una diligenza speciale e rafforzata, di contenuto tanto maggiore quanto più sia specialistica e professionale la prestazione a loro richiesta. Nella controversia concernente l'inadempimento contrattuale del professionista, pertanto, questi, per andare esente da un giudizio di condanna, ha l'onere di provare che l'insuccesso è dipeso da causa a lui non imputabile anche quando la prestazione richiestagli richiedeva la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, posto che problemi speciali esigono dal professionista una competenza speciale. Né a tale conclusione osta l'art. 2236 c.c., il quale non esonera affatto il professionista-debitore da responsabilità nel caso di insuccesso di prestazioni complesse, ma si limita a dettare un mero criterio per la valutazione della sua diligenza.”

5) LA COMPETENZA RICHIESTA AL DOTTORE COMMERCIALISTA

Cassazione Civile, Sez. III, 23 giugno 2016, n. 13007.

“In tema di responsabilità professionale, il dottore commercialista incaricato di una consulenza ha l'obbligo - a norma dell'art. 1176, comma 2, c.c. - non solo di fornire tutte le informazioni che siano di utilità per il cliente e rientrino nell'ambito della sua competenza, ma anche, tenuto conto della portata dell'incarico conferito, di individuare le questioni che esulino dalla stessa, informando il cliente dei limiti della propria competenza e fornendogli gli elementi necessari per assumere le proprie autonome determinazioni, eventualmente rivolgendosi ad altro professionista indicato come competente. (In applicazione dell'anzidetto principio, la S.C. ha ritenuto la responsabilità di un commercialista, incaricato di fornire una consulenza tecnico-giuridica a seguito dell'esito infausto di un ricorso dinanzi alla commissione tributaria regionale, per non aver informato il cliente della possibilità di ricorrere per cassazione avverso la sentenza sfavorevole e della necessità di rivolgersi ad un avvocato al fine di proporre tempestivamente l'impugnazione).”

B) I CRITERI DI ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ DI CAPITALI

Art. 2392 (Responsabilità verso la società) c.c.: 1. Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che non si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. 2. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'art. 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. 3. 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.

1. DILIGENZA DELL'AMMINISTRATORE E BUSINESS JUDGEMENT RULE

Cassazione Civile, Sez. I, del 28 aprile 1997, n. 3652.

“All'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.”

“La responsabilità dell'amministratore di una società per azioni, ex art. 2392 c.c., non può essere semplicemente desunta dai risultati della gestione; pertanto, al giudice investito dell'azione di responsabilità non è consentito sindacare i criteri di opportunità e di convenienza seguiti dall'amministratore nell'espletamento dei suoi compiti.”

Cassazione Civile, Sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3409.

“All'amministratore di una società non può essere imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di sua revoca, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo 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.”

Cassazione Civile, Sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470.

“In tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (cd. "*business judgement rule*") trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia "*ex ante*", secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c., - nel testo, applicabile "*ratione temporis*", anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 - sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto l'amministratore di una società per azioni responsabile per la conclusione di taluni contratti, in cui quest'ultima aveva corrisposto integralmente alle controparti i compensi pattuiti nonostante la mancata esecuzione delle prestazioni).”

2. OBBLIGHI SPECIFICI, OBBLIGHI GENERICI

Cassazione Civile, Sez. I, del 23 marzo 2004, n. 5718.

“In tema di responsabilità degli amministratori di società, occorre distinguere tra obblighi gravanti sugli amministratori che hanno un contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall’atto costitutivo - tra i quali rientra quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione e alla manifestazione della volontà della società, - e obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali, quali l’obbligo di amministrare con diligenza e quello di amministrare senza conflitto di interessi. Mentre per questi ultimi la responsabilità dell’amministratore deve essere collegata alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicché la diligente attività dell’amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l’inadempimento, a prescindere dall’esito della scelta, rilevante a diversi fini, per gli obblighi specifici, costituendo la diligenza la misura dell’impegno richiesto agli amministratori, la responsabilità può essere esclusa solo nel caso, previsto dall’art. 1218 c.c., quando cioè l’inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che, pur riconoscendo che un amministratore aveva violato lo specifico obbligo di rispettare le norme interne di organizzazione, ne aveva tuttavia escluso la responsabilità sulla base di una ritenuta assenza di colpa, argomentata con il riferimento all’esistenza di prassi societarie illegittime o al rilascio di una delega da un soggetto non legittimato).”

3. IL RILIEVO DELLA SPECIFICA COMPETENZA

Cassazione Civile, Sez. I, 31 agosto 2016 n. 17441.

“La diligenza esigibile dall’amministratore non è più riferibile alla figura del mandatario, bensì, a quella delineata al secondo comma dell’art. 1176 c.c. Ne deriva che la valutazione della condotta debba effettuarsi alla luce delle circostanze del singolo caso concreto, utilizzando come parametro di riferimento la posizione che l’individuo ricopre all’interno del consiglio di amministrazione, le specifiche competenze per cui è stato nominato dalla società e l’essenziale formazione (tecnica, contabile etc.) di cui questi dispone per lo svolgimento delle mansioni attribuitegli.”

LE INTERFERENZE TRA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE E RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA. QUALCHE CHIARIMENTO

1. Il riferimento alla “*natura dell’incarico*” di cui all’art. 2392, comma 1, c.c. implica il richiamo all’art. 1176, comma 2, del codice e l’attenzione va posta su: a) le caratteristiche della società (dimensioni; settore di attività), b) la posizione concretamente assunta da ciascun amministratore nell’ambito dell’organo collegiale (amministratore con funzioni di presidente, amministratore con deleghe, con deleghe ma membro di un organo collegiale, amministratore senza deleghe o non esecutivo)

2. A tutti gli amministratori è però richiesta quella diligenza professionale e “*le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato e non di irresponsabile o negligente improvvisazione*” (Relazione al d.lgs. 6/2001, cap. 6.III.4).

3. Agli amministratori non è possibile invocare la limitazione di responsabilità del prestatore d’opera intellettuale ai soli casi di dolo o colpa grave nel senso in cui debbano essere risolti problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.) perché l’art. 2236 è norma eccezionale e come tale insuscettibile di analogia.

4) SULLA COLPA DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI

Cassazione Civile, Sez. I, 29 dicembre 2017, n. 31204.

“a) l'esistenza in società anche dell'organo sindacale non esime dai controlli spettanti al componente del consiglio di amministrazione, per la suddetta concorrenza dei controlli;

b) il dissenso, pur verbalizzato, in sé non è sufficiente ad escludere la responsabilità, in quanto occorre che l'amministratore sia "immune da colpa" (cfr. art. 2392, comma 3, c.c.);

c) l'essere stato designato alla carica solo per un breve periodo di tempo, nonché dopo la commissione dell'illecito, non è di per sé esimente da responsabilità, in quanto l'accettazione della carica comporta comunque l'assunzione dei doveri di vigilanza e di controllo, e tutto quindi dipende dall'accertamento fattuale da compiere nel singolo caso; né la responsabilità dell'amministratore di società di capitali per il ritardo nell'adozione delle misure necessarie viene meno ove il fatto sia imputabile al precedente amministratore, una volta che, assunto l'incarico, fosse esigibile lo sforzo diligente di verificare la situazione e porvi rimedio; e, quando il soggetto sia da poco in carica, occorre a tal fine l'accertamento, in punto di fatto, che l'incarico sia stato assunto da troppo breve tempo per poter ragionevolmente supporre che il soggetto di nuova nomina potesse rendersi conto della situazione e fosse in grado d'intervenire con utili strumenti correttivi;

d) le dimissioni non costituiscono condotta di adempimento del dovere, per la pregnanza degli obblighi assunti dai consiglieri proprio nell'ambito della vigilanza sull'operato altrui e perché la diligenza impone piuttosto un comportamento alternativo, equivalendo allora le dimissioni ad una sostanziale inerzia;

e) la fiducia riposta nella condotta del delegato, che si sia rivelata pregiudizievole, può esimere da responsabilità l'amministratore non esecutivo non se questi rimanga indifferente o inerte nel rilevare una situazione di reiterata illegalità, ma solo quando egli ragionevolmente continui a riconoscere fiducia, per quanto mal riposta, verso le capacità gestionali di altri, secondo l'accertamento di fatto del giudice del merito”.

ANCORA QUALCHE CHIARIMENTO. SULLE “SPECIFICHE COMPETENZE”

1. La diligenza va accertata tenendo conto delle cognizioni specifiche di ciascun componente del consiglio;
2. Sussiste una condotta negligente dell'amministratore non solo se questi assuma una determinata decisione senza valutarne i prevedibili risultati o senza calcolarne i rischi connessi, ma anche qualora egli non utilizzi le specifiche competenze in suo possesso;
3. Oltre alla diligenza, va presa in considerazione anche la perizia, intesa come possesso delle cognizioni tecniche necessarie per decidere senza errori le operazioni sociali;
4. Ai fini della ripartizione della responsabilità in sede di azione di regresso tra gli amministratori, la posizione, ad esempio, di un fiscalista affermato sarà giudicata più severamente rispetto a quella di chi non abbia tali specifiche competenze se in discussione sia un'operazione il cui negativo impatto fiscale, pur complesso da accertare in genere, avrebbe dovuto essere evidenti *prima facie* ad un esperto della materia.

C) I CRITERI NORMATIVI DI ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEL SINDACO

Art. 2407 (Responsabilità): 1. I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. 2. Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe verificato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. 3. All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393 bis, 2395, 2394 bis e 2395.

Cassazione Civile, Sez. I, 03 luglio 2017, n. 16314.

“In tema di responsabilità degli organi sociali, la configurabilità dell'inosservanza del dovere di vigilanza imposto ai sindaci dall'art. 2407, comma 2, c.c. non richiede l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, eventualmente anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al Pubblico Ministero per consentirgli di provvedere ai sensi dell'art. 2409 c.c.”

Cassazione Civile, Sez. I, 18 settembre 2017, n. 21566.

“In tema di responsabilità dei sindaci di una società di capitali, ai fini dell'osservanza del dovere di vigilanza, previsto dall'articolo 2407, secondo comma, del Cc non occorre l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non adempiere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, eventualmente anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al pubblico ministero per consentirgli di provvedere ai sensi dell'articolo 2409 del Cc, in quanto può ragionevolmente presumersi che il ricorso a siffatti rimedi, o anche solo la minaccia di farlo per l'ipotesi di mancato ravvedimento operoso degli amministratori, avrebbe potuto essere idoneo a evitare (o quanto meno a ridurre) le conseguenze dannose della condotta gestoria.”

Ci eravamo chiesti:

1. A quale titolo l'iscritto all'albo componente di organi sociali risponde dei danni arrecati con la propria azione o omissione?

Egli risponde secondo la disciplina prevista per la carica assunta

2. La “professionalità” presunta dell'iscritto all'albo interferisce con le regole attributive della responsabilità degli organi sociali o delle altre figure incluse nella governance societaria?

Certamente. La professionalità opera come aggravante della sua responsabilità.