

Sei stato nominato...amministratore? istruzioni per l'uso

20 novembre 2012

Di Manuela Cavallo e Dorella Concadoro

All'interno della struttura societaria, l'organo amministrativo ha la responsabilità delle scelte manageriali che riguardano la gestione ordinaria e straordinaria della società. Le decisioni degli amministratori toccano costantemente settori sensibili del business della società ed incidono significativamente sui risultati conseguiti.

Per questo motivo il legislatore ha elaborato uno schema stringente di doveri e di regole a cui gli amministratori devono attenersi nell'esercizio delle loro funzioni e ha previsto conseguenti regimi di responsabilità parametrati ai danni causati.

In concreto, sebbene gli obblighi degli amministratori siano qualificati come obbligazioni di mezzo, il giudice chiamato ad accertarne la responsabilità quasi mai si limita a verificare l'osservanza degli obblighi di condotta, giungendo piuttosto molto spesso a sindacare il merito delle scelte gestionali compiute dagli amministratori.

Sembrerebbe allora imprescindibile per gli amministratori mettere in piedi un sistema di proceduralizzazione di ogni decisione (secondo la nota business judgement rule), attraverso la motivazione di ogni singolo step. Ciò dovrebbe consentire al giudice di verificare la correttezza del processo decisionale mediante il quale si è pervenuti ad una determinata scelta e dovrebbe sottrarre invece all'indagine giudiziale la convenienza del risultato ottenuto, limitando in definitiva le potenziali responsabilità.

Focus su M&A e Due Diligence

Le operazioni di M&A rappresentano un terreno particolarmente fertile per possibili azioni di responsabilità a danno degli amministratori, stante l'inevitabile margine di incertezza circa la convenienza dell'operazione per la società.

In questo contesto, una prima cautela finalizzata a ridurre i profili di responsabilità per gli amministratori dell'acquirente sarebbe lo svolgimento di un'adeguata *due diligence*, che permette un'effettiva conoscenza della consistenza della società *target*.

Un'attenta *due diligence* dovrebbe anche permettere agli amministratori di giustificare le loro decisioni. Secondo la giurisprudenza di merito, infatti, l'esecuzione della *due diligence* secondo metodi di analisi consolidati e ritenuti affidabili nel mondo imprenditoriale, nonché il ricorso a consulenti, tecnici e periti per l'espletamento delle verifiche sulla consistenza contabile e patrimoniale della target sarebbero sufficienti ad escludere la responsabilità degli amministratori anche in caso di cattiva riuscita dell'operazione.

Pertanto, in astratto la procedimentalizzazione dell'*iter* seguito nell'operazione dovrebbe avere l'effetto di escludere l'apprezzamento del giudice circa la convenienza dell'operazione.

Tuttavia, in determinate circostanze la *business judgement rule* potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio. Ciò in quanto il quadro normativo attuale, dettando obblighi procedimentali particolarmente stringenti a carico degli amministratori, sembrerebbe aumentare lo spazio per un possibile sindacato di merito da parte del giudice chiamato a vagliare la responsabilità degli amministratori.

Si pensi, ad esempio, all'obbligo di *disclosure* che incombe sull'amministratore avente un interesse, per conto proprio o di terzi, in una determinata operazione, ai sensi dell'art. 2391 c.c. L'obbligo di precisare la natura, i termini, l'origine e la portata dell'interesse, nonché di motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza dell'operazione, sembra consentire al giudice di espandere il suo controllo a tutti gli elementi che devono essere dichiarati dall'amministratore, nonché addirittura all'opportunità e alla convenienza dell'operazione.

Sembra, dunque, che la previsione normativa sulla procedimentalizzazione delle decisioni manageriali, pur muovendo dall'intento di limitare la verifica del giudice esclusivamente all'aspetto procedurale delle scelte di gestione, porti in determinate circostanze alla conseguenza paradossale di aumentare il sindacato giudiziale sul contenuto delle stesse.

Varie Ipotesi di Responsabilità

I rischi di incorrere in responsabilità sono peraltro frequenti anche con riferimento ad atti di gestione ordinaria della società.

Gli amministratori sono esposti ad azioni di responsabilità da parte della società, dei singoli soci o terzi, dei creditori sociali e dell'amministratore giudiziario ex art. 2409 c.c. nel caso di violazione degli obblighi di condotta sia specifici che generici.

A queste ipotesi si aggiungono poi le azioni promosse dal curatore fallimentare, dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario in pendenza di procedure concorsuali.

Inoltre, nelle S.r.l. sono solidalmente responsabili con gli amministratori i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi, anche in caso di fallimento.

Gli Amministratori Sono Tutti Uguali?

Sebbene le norme in tema di azioni di responsabilità non prevedano regimi differenziati per le diverse figure di amministratori, non su tutti gli amministratori gravano gli stessi obblighi specifici e pertanto le medesime responsabilità.

Al contrario, agli amministratori aventi incarichi diversi all'interno del consiglio di amministrazione (presidente, amministratore delegato, amministratore indipendente, amministratore non esecutivo, ecc.) corrispondono diversi obblighi e diverse responsabilità.

La differenziazione di ruoli è stata recepita dal legislatore della riforma attraverso alcune specifiche previsioni, tra cui:

- la parametrizzazione del dovere di diligenza alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze;
- l'esclusione della responsabilità solidale per le attribuzioni del comitato esecutivo o di amministratori delegati;
- l'esclusione della responsabilità per quegli amministratori che abbiano fatto annotare il proprio dissenso nei libri sociali.

Tuttavia ciò non esime gli amministratori, anche non esecutivi e non muniti di poteri gestionali, da una serie di obblighi dalla cui violazione può scaturire una responsabilità per culpa in vigilando: ad esempio, essi sono tenuti ad agire in modo informato, a favorire il flusso informativo e restano comunque obbligati a fare quanto possibile per impedire il compimento di atti pregiudizievoli, ovvero eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Alcuni Consigli Pratici

In termini pratici, nonostante il rischio di un più penetrante sindacato da parte del giudice, l'osservanza di alcune regole procedurali di base da parte dell'organo amministrativo dovrebbe consentire di limitare la responsabilità degli amministratori, anche di quelli muniti di specifiche deleghe, attraverso un meccanismo di condivisione delle scelte gestionali e delle conseguenti responsabilità tra tutti i membri dell'organo amministrativo.

In particolare, può rivelarsi utile l'adozione, tra le altre, delle seguenti cautele:

- una puntuale proceduralizzazione delle scelte attinenti all'ordinaria e alla straordinaria amministrazione della società, ad esempio mediante l'avviso di convocazione delle riunioni del consiglio di amministrazione, la circolazione tra tutti gli amministratori delle bozze dei verbali e della documentazione a supporto della discussione dei punti all'ordine del giorno, la verbalizzazione di ogni singolo evento che si verifichi durante la riunione, ecc.;
- un costante flusso informativo dagli amministratori delegati verso i non esecutivi e richiesta da parte dei non esecutivi di informazioni agli amministratori delegati;
- una tempestiva trascrizione dei verbali delle riunioni nel relativo libro sociale;
- una piena condivisione delle decisioni tra tutti i membri del *board*, anche attraverso il meccanismo della ratifica delle attività compiute dagli amministratori esecutivi.

In questo scenario, la trasparenza e la condivisione diventano i concetti chiave per limitare il più possibile il sindacato giudiziale sulle scelte