

Proposta di decreto legislativo recante modifiche al codice civile, in attuazione della legge delega 30 ottobre 2017, n. 155 per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Una modesta proposta di integrazione.

(Marco Lamandini)

1.- Le modifiche attualmente previste dalla proposta di decreto alle disposizioni del Libro V del codice civile mi paiono equilibrate e opportune. In particolare, mi sembrano tali quelle che: (a) traducono in termini di rafforzata diligenza organizzativa dell'organo gestorio, e dunque in proporzionati ma funzionanti, assetti organizzativi, amministrativi e contabili l'esigenza di tempestiva rilevazione della crisi (nuovo art. 2086, comma 2, che trova riscontro nell'art. 4(3) e 4(4) del codice); (b) dissipano i preesistenti dubbi circa la possibilità per i creditori sociali di esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori "per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" (nuovo art. 2476, comma 5-bis); (c) codificano la regola sul danno risarcibile, prima d'ora enunciata dalla Suprema Corte di Cassazione, in caso di danno conseguente alla continuazione dell'attività dopo il verificarsi di una causa di scioglimento. Rispetto a questa (per vero minimale) proposta di decreto, tuttavia, sento necessario sollevare una questione, che mi pare di vertice, sulla responsabilità degli amministratori e due brevi note sui gruppi che potrebbero forse costituire motivo di approfondimento (e di dibattito) nelle prossime settimane ove si avesse un differimento dell'adozione del codice e della collegata proposta di riforma del titolo V del codice civile all'inizio della prossima, ormai imminente, legislatura.

2.- Vengo subito alla questione che reputo, forse a torto, "di vertice". Pur senza poterne offrire qui analitica dimostrazione, a me sembra che nel nostro Paese sussista oggi un rischio concreto che i rischi di responsabilità civile che si accompagnano alla carica di amministratore di società (e che il nuovo paradigma di prudente assunzione delle obbligazioni enunciato dall'art. 4(1) del codice non farà che accrescere) operino da potente fattore di disincentivazione all'assunzione di questo ufficio per una cospicuo novero di soggetti che pur avrebbero invece competenze, esperienza e mezzi appropriati ma che, proprio perché particolarmente qualificati e consapevoli, proprio perché "hanno molto da perdere", si guardano bene dall'assumere un incarico i cui benefici economici sono misurabili ma i cui rischi non lo sono; essi, razionalmente, non vogliono esporsi, qualora le cose per la società vadano male, al rischio concreto di perdere, sostanzialmente per fatto altrui e sulla base di una indifferenziata valutazione di colpa, tutti i propri beni o una parte assai cospicua di essi. E' come se avessimo ottime navi da commercio, ma in porto. E queste navi rifiutassero di prendere il mare, perché i traffici attesi potrebbero sì generare un profitto che ne giustifichi la navigazione, ma limitato, e a fronte di un rischio potenzialmente illimitato: tanto più tale perché ignoto e da affrontare in una navigazione notturna senza ausilio di fari. Questo rischio di *selezione avversa* è accresciuto dal fatto che: a)

l'ordinamento societario prevede una responsabilità per colpa, anche solo organizzativa e anche se solo lieve; b) l'ordinamento prevede, sia pure con i temperamenti dell'art. 2381 c.c., una responsabilità solidale; c) l'ordinamento prevede una responsabilità non solo nei confronti della società ma anche dei creditori, d) tale responsabilità deriva non solo dalla violazione dell'obbligo di lealtà ma anche da quello di diligenza, con notevoli incertezze sull'esatto perimetro della *business judgement rule* nel suo concreto dispiegarsi operativo nel singolo caso concreto; e) la copertura assicurativa non è sempre disponibile ed è comunque di incerta efficacia in una prognosi *ex ante*.

3.- La selezione avversa degli amministratori di società, a mio avviso, ha un costo sociale che supera enormemente i benefici sociali attesi dall'applicazione di una regola (che a me pare draconiana) di responsabilità civile per colpa, ispirata al paradigma del massimo possibile di deterrenza. Quella stessa regola, d'altro canto, ha anche, a mio sommo avviso, un fondamento etico discutibile (non a caso l'ordinamento penale si ispira a tutt'altro paradigma di azione), nella misura in cui finisce con l'equiparare, salve improbabili rivalse interne, la responsabilità di chi ha intenzionalmente causato il danno a quella di chi vi ha solo colposamente concorso (anche solo non facendo tutto quanto era astrattamente possibile per impedirlo) e con l'allocare il costo ultimo della responsabilità non già in funzione del contributo causale o dello stato soggettivo di intenzionalità o colpevolezza bensì, *in concreto*, in ragione della consistenza del patrimonio personale aggredibile. Ciò rischia, in più circostanze, di tradursi in risultati meramente cabalistici, e spesso ben lontani dalla giustizia (del caso concreto).

4.- E' un problema noto, antico e nuovo al tempo stesso. *La mia proposta è che si accetti di discuterlo anche da noi, come si è fatto altrove, al presentarsi dei medesimi problemi di selezione avversa.* Mi limito solo a due brevi notazioni di diritto comparato.

a) La circostanza che il tema meriti oggi attenzione mi pare trovi conferma nel fatto che la Francia ha ritenuto di intervenire nel dicembre 2016 con la legge Sapin II (loi 9.12.2016 n. 2016-1691), il cui articolo 146 modifica l'articolo L.651-2 del codice di commercio inserendo il seguente periodo: "*Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée*". E', naturalmente, una norma discussa, ma sintomatica delle ragioni che si oppongono a derive giustizialiste sul piano della responsabilità civile degli amministratori di società: tanto più sintomatica, se si considera che l'art. 146 si colloca all'interno di una legge principalmente volta a rafforzare i presidi contro la corruzione.

b) Quale sia il modo probabilmente più efficiente (e a mio giudizio anche più giusto) per affrontare la questione si ha modo di verificarlo nell'ordinamento societario del Delaware, avendo riguardo al contenuto, alla storia legislativa e alla ormai trentennale esperienza applicativa della Section 102(b)(7). Quella disposizione legislativa fu introdotta – come ricorda assai bene il *former Justice*

Norman Veasey (che ne fu il redattore) in una bella e recente intervista disponibile sul sito law.upenn.edu – dopo la decisione *Van Gorkom* e le sentenze *Unocal* e *Revlon* allorché gli amministratori delle società costituite nel Delaware vivevano con apprensione e incertezza (in relazione alla propria potenziale responsabilità) la stagione dei *takeovers* nella prima metà degli anni Ottanta. Il Delaware fu, così, il primo a riconoscere che l'eventuale violazione colposa, anche per *gross negligence*, del *duty of care* è ontologicamente altro dalla violazione (anche colposa) del *duty of loyalty* o dalla violazione intenzionale dei propri doveri di amministratore e che per questa ipotesi è possibile ammettere una “*esculpation*”, la quale non consiste né nella manleva della società stessa (pur prevista come possibile da altra previsione della legge del Delaware: Section 145(a), che ammette peraltro che la manleva operi solo ove l'amministratore “*acted in good faith and in a manner the person reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation*”), né in un tetto massimo alla responsabilità, bensì in una vera e propria esclusione della responsabilità, da introdursi tuttavia con clausola statutaria, e limitata ai soli “*personal monetary damages*”, non invece ad altre conseguenze civili, come ad esempio la perdita dei requisiti o la soggezione di quegli stessi amministratori in colpa ai rimedi di natura ingiuntiva.

5.- Quella previsione potrebbe verosimilmente essere avvertita come eccessiva in un ambiente culturale e sociale quale il nostro, adducendo rischi di insufficiente deterrenza. Mi chiedo ciò non di meno se non possa accogliersi anche da noi, ma con una variante. Sommando cioè ad essa un'altra esperienza nordamericana: quella del tetto massimo risarcibile, rapportato ad un multiplo dei compensi percepiti. Non a caso quel diverso strumento – che prende atto dello scivolamento della responsabilità per colpa in realtà verso forme di responsabilità oggettiva da posizione – viene in letteratura (emblematico il dibattito sulla *Boston University Law Review* del 2004 tra John Coffee Jr. e Frank Partnoy sul fallimento dei “gatekeepers” e le sfide insite nelle scelte di riforma quanto al loro regime di responsabilità), considerato un possibile punto di equilibrio. Ciò potrebbe dunque tradursi in un ripensamento dell'art. 2392 c.c., che valga ad introdurre un nuovo comma 4 del seguente tenore: “Con apposita previsione statutaria, la responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori, diversa dalla violazione degli obblighi di lealtà, che dipenda da colpa può essere limitata quanto al danno risarcibile, ad un massimo di [x- 10?] volte i compensi percepiti dall'amministratore nel triennio di carica nel corso del quale hanno avuto luogo detti atti o omissioni; la società non può in alcun caso tenere indenne gli amministratori rispetto a detta responsabilità”.

6.- Un'ultima notazione infine, puramente incidentale, sulle ulteriori modifiche al Libro V contenute non già nella proposta di decreto legislativo a ciò destinato bensì nel codice della crisi e dell'insolvenza. Il codice – oltre a interagire su aspetti particolari del diritto societario che sono particolarmente critici nella fase della gestione della crisi (v. art. 17 sull'obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari; art. 23(4) sul differimento degli obblighi

relativi alla riduzione del capitale e allo scioglimento durante il procedimento di composizione assistita della crisi (lo stesso vale, per gli accordi di ristrutturazione all'art. 68); art. 120 sulle azioni di responsabilità nel concordato; art. 121 su trasformazione, fusione e scissione nel concordato e assorbimento delle tutele societarie nell'opposizione; art. 260 sulle azioni di responsabilità nella liquidazione giudiziale; art. 265(3) sui finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata) è ricco di nuovi spunti, definizioni e regole in tema di gruppo di società che interagiscono con la disciplina del codice civile e che richiederanno un certo sforzo ricostruttivo di sistema. Già la definizione di "gruppo di imprese" che si legge all'articolo 2(8) finisce con l'ampliare la nozione civilistica, estendendola – in chiara continuità con orientamenti, anche della Suprema Corte, di recente precisati - anche all'ipotesi della persona fisica capogruppo e all'ipotesi di controllo congiunto. Il titolo VI del codice – nella parte in cui offre la disciplina della "regolazione della crisi o insolvenza del gruppo" – trae naturalmente ispirazione dalla disciplina del codice civile in materia di direzione e coordinamento e dal principio dei vantaggi compensativi colà riconosciuto, ma lo declina in modo puntuale e articolato in relazione alle ipotesi di crisi. Ne derivano, da un lato, previsioni che consolidano i migliori (ma non incontrastati) orientamenti nel passato già maturati in giurisprudenza (ad esempio in tema di operazioni straordinarie nel quadro del piano o dei piani di gruppo e di assorbimento delle tutele societarie nella tutela dell'opposizione al piano: art. 289). Dall'altro lato, tuttavia, anche norme sulle revocatorie tra imprese del gruppo (art. 293-ter) e sulla postergazione del rimborso dei crediti da finanziamenti intragruppo (art. 293-quinquies) che, mentre valgono a dissipare una serie di dubbi esegetici del passato, lasciano irrisolti, specie se lette "controluce" rispetto al modello "alternativo" degli accordi di sostegno finanziario intragruppo previsti nel contesto bancario dalla direttiva BRRD e dal decreto n. 180 del 2015 di recepimento, interrogativi importanti sui trasferimenti di risorse intragruppo a fini di liquidità diretti ad evitare l'insorgere della crisi (e dunque attuati prima dell'avvio delle procedure di regolazione della crisi e al di fuori delle protezioni di cui all'art. 107) e sugli accordi di *cash pooling*, qualora la crisi successivamente, malgrado il sostegno finanziario intragruppo, intervenga. Anche qui, a mio sommo avviso, il rischio è che l'eccesso di rigore generi falsi positivi, e cioè paralizzi l'utilizzo di strumenti intragruppo di gestione finanziaria che, diversamente, potrebbero, almeno in una prospettiva di ragionevole prognosi *ex ante*, avere l'effetto benefico di evitare l'insorgere di una crisi (specie di liquidità).