

Diritto – Danni e responsabilità

Anche le società di persone si caratterizzano per essere società lucrative: come tutte le altre, hanno, infatti, quale fine ultimo il perseguimento di un profitto. Caratterizzate da un'autonomia patrimoniale imperfetta, in quanto prive di personalità giuridica, prevale, in esse, l'elemento soggettivo (rappresentato dai soci) rispetto al capitale.

I soci che agiscono in nome e per conto della società rispondono solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali, e senza possibilità di patti in deroga, nei confronti dei terzi.

Diverse le responsabilità dei soci rispetto a quella degli amministratori a seconda del modello di società adottato. Tuttavia, il sistema delle responsabilità degli amministratori di società delineato nel codice civile dopo la riforma del diritto societario, pone principalmente in rilievo la distinzione tra obblighi che hanno un contenuto specifico, già determinato dalla legge o dallo statuto, e l'obbligo generale di amministrare con diligenza. Le responsabilità degli stessi si caratterizzano in ragione di tale distinzione.

Rosaria Converso, Avvocato del Foro di Cosenza.

Si occupa prevalentemente di diritto societario, bancario, contratti ed obbligazioni. Nel 2007 ha conseguito l'attestato di frequenza al "Master in Gestione e Strategia d'Impresa", organizzato dalla Business School del Sole24Ore.

Ha curato, nel corso del 2008, alcuni progetti europei per le scuole, tesi alla sensibilizzazione dei giovani ai temi della legalità e dell'integrazione: "Devianza Minorile"; "Dall'emarginazione all'integrazione"; "Disagio, devianza, delinquenza giovanile. Le risposte sociali e giudiziarie".

Fa parte della redazione del sito www.personaedanno.it, diretto da Paolo Cendon. Partner in Cendon & Partners.

Fra i lavori più recenti, "Trattato dei nuovi danni", diretto dal Prof. Paolo Cendon, edito da Cedam, 2011.

Collana diritto / NUOVI CASI

EDIZIONE MARZO 2013

© Cendon Libri Editore S.n.c. di Paolo Cendon & C.

via San Lazzaro 8 - 34100 Trieste (TS)

Sito internet: www.cendonlibri.it

E-mail info@cendonlibri.it

ISBN 9788898069415

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione, di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati in tutti i Paesi.

INDICE

Capitolo Primo

SOCI-AMMINISTRATORI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

1. Introduzione. - 2. Questioni generali: s.s. e s.a.s. - 2.1. Tutela dei creditori delle società di persone - 2.1.1. *Beneficium Excussionis* - 3. Società di fatto - 3.1. Società occulta - 3.2. Società di fatto partecipata da società di capitali - 3.2.2. Società di fatto tra società di capitali - 4. Amministratori "persone giuridiche": G.E.I.E. - 4.1. Persona giuridica-amministratrice: S.S. e S.C.E. - 5. Segue: casi giurisprudenziali.

Capitolo Secondo

GLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

1. Introduzione. - 2. Responsabilità verso la società - 2.1. Denuncia delle irregolarità - 2.2. Immedesimazione organica - 2.3. Il criterio della diligenza. - 2.4. Diligente esecuzione dell'incarico ricevuto - 2.5. *Mala gestio*: analisi giurisprudenziali - 2.6. Responsabilità solidale - 2.7. Violazione degli obblighi gestori - 3. Responsabilità degli amministratori in genere - 3.1. Quali danni? - 3.2. Azione individuale del terzo o del socio: danno diretto - 4. Responsabilità verso i creditori sociali - 4.1. Inadempimento ad obblighi previsti *ex lege* - 4.2. Doveri qualificati in prossimità dell'insolvenza - 5. Azione di responsabilità in genere - 5.1. Competenze dell'assemblea - 5.2. Rinuncia all'azione di responsabilità - 5.3. Onere della prova - 5.4. Natura delle obbligazioni degli amministratori - 5.5. Prova della singola operazione illegittima - 6 Segue: casi giurisprudenziali.

Capitolo Primo

SOCI-AMMINISTRATORI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Questioni generali: s.s. e s.a.s. - 2.1. Tutela dei creditori delle società di persone - 2.1.1. *Beneficium Excussionis* - 3. Società di fatto 3.1. Società occulta - 3.2. Società di fatto partecipata da società di capitali - 3.2.2. Società di fatto tra società di capitali - 4. Amministratori "persone giuridiche": G.E.I.E. - 4.1. Persona giuridica-amministratrice: S.S. e S.C.E.- 5. Segue: casi giurisprudenziali.

1. Introduzione

Legislazione 2247 c.c., 2293 e ss. c.c., 2260 c.c.

Bibliografia Ferri, 1955

Le società personali regolate dal Legislatore appartengono a tre distinte tipologie: a) società semplice (s.s.), non commerciali, ma solo agricole, formate da una pluralità di soci, tutti amministratori, salvo patto contrario, che rispondono solidamente e illimitatamente per le obbligazioni sociali; b) società in nome collettivo (s.n.c.), agricola o commerciale, i cui soci rivestono tutti la qualifica di imprenditori e sono tutti amministratori (sono esclusi estranei), salvo diversa disposizione nell'atto costitutivo; c) Società in accomandita semplice (s.a.s.), essenzialmente caratterizzate dalla presenza di due diverse categorie di soci: i soci accomandatari, cui è riservata in via esclusiva l'amministrazione della società, che rivestono la qualifica di imprenditori e rispondono illimitatamente e solidalmente delle obbligazioni sociali, ed i soci accomandanti, con responsabilità limitata alla propria quota.

Nelle società di persone i conferimenti sono essenziali per acquisire la qualità di socio. Essi sono determinati al momento della costituzione della società, nel contratto sociale.

«Se i conferimenti non sono determinati nel contratto sociale, la legge presume che i soci siano tenuti a conferire in parti eguali tra loro le risorse necessarie, determinate con riferimento al momento del contratto sociale»

(G. Ferri, Delle società. Disciplina generale. Società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice, a cura di Scialja-Branca, Commentario al Codice Civile, Zanichelli, Bologna-Roma, 1955).

I conferimenti possono essere eseguiti subito, con l'atto costitutivo, o successivamente. Se nulla è detto sul termine dei conferimenti, questi devono essere immediati.

Se per la società semplice non vi è obbligo di un capitale iniziale, per le s.n.c. e le s.a.s. invece, non se ne può prescindere, pena l'impossibilità di iscrizione nel registro delle imprese.

Raramente la responsabilità degli amministratori è invocata in situazioni diverse dall'insolvenza della società: in questo caso, nelle società di persone, la responsabilità dell'amministratore è assorbita da quella che lo riguarda quale socio illimitatamente responsabile.

Per le società di persone, la responsabilità degli amministratori è disciplinata dall'art. 2260, che fissa (nel 2° co.) la regola della solidarietà (salvo che si provi "di essere esenti da colpa") per l'adempimento degli obblighi "imposti dalla legge e dal contratto sociale", con un rinvio (nel 1° co.) alle "norme sul mandato".

Un'importante giurisprudenza di merito ha ritenuto che

«l'amministratore non può compiere operazioni irrazionali ed avventate, di pura sorte, o azzardate, prevedibilmente rischiose ed imprudenti, e non può superare i limiti fissati da quella ragionevolezza che deve connotare la discrezionalità dell'imprenditore, secondo cui ogni scelta anche nel campo dell'attività di impresa non può discostarsi dalle valutazioni tecnico-professionali che potrebbe esprimere ogni altro operatore che svolga un'attività dello stesso tipo a condizioni economiche potenzialmente idonee a generare un risultato positivo di fine esercizio, poiché lo scopo del contratto di società è quello di conseguire degli utili da dividere fra i soci come prodotto dell'attività imprenditoriale gestita in comune»

(App. Milano 18.1.00, GI, 2000, 986)

2. Questioni generali: s.s. e s.a.s.

Legislazione: art. 2193, co. 2, c.c., art. 2, d.lgs 18 maggio 2001, n. 228; artt. 11 e 14, legge delega 29 settembre 2000, n. 300; art. 1, 2, 3, 5, 27, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231;

Bibliografia: D'Andrea, 2009 - Galgano, 2007

Fermo restando che la qualifica di amministratore è strettamente collegata alla responsabilità solidale ed illimitata per le obbligazioni sociali (e, quindi, non possono essere amministratori i soci accomandanti di S.a.s., salvo perdere il beneficio della responsabilità limitata), l'amministrazione delle società di persone può essere di due tipi: congiunta e disgiunta.

Nel primo caso per il compimento di ogni atto è necessario il consenso di tutti gli amministratori (salvo, in casi di emergenza, per evitare danni alla società, il potere di intervento di ogni amministratore) e, pertanto, si parla di potere di firma congiunta. Nel caso di amministrazione disgiunta, invece, ogni amministratore può compiere qualsiasi atto, salvo il potere di ogni altro amministratore di porre un veto (atto formale in grado di bloccare una deliberazione amministrativa) preventivo per un singolo atto. Si parla, quindi, di potere di firma disgiunta. È questa la situazione standard, che - salvo

diversa pattuizione - è prevista per le società in nome collettivo. Nelle s.a.s., in linea di principio,

«i soci accomandanti sono esclusi in genere da ogni attività di amministrazione e rappresentanza ed è anche vietata ogni ingerenza nella vita sociale (cosiddetto divieto di ingerenza o immistione) [...]. Anche una procura institoria o un mandato generale comporta ingerenza vietata, se per la sua indeterminatezza consente ampi poteri decisionale [...]. Si ritiene che in ossequio al divieto di ingerenza, in regime di amministrazione disgiuntiva, gli accomandanti non abbiano diritto di partecipare all'opposizione proposta da un amministratore al compimento di un atto proposto da un altro»

(Silvio D'Andrea, Manuale delle Società, ed. Gruppo 24 Ore, 2009, 301).

La violazione del divieto di ingerenza da parte dei soci accomandanti, nelle s.a.s., comporta diverse tipologie di responsabilità e conseguenze. Ed, infatti, se la detta ingerenza è tollerata o autorizzata dalla società (con procura o con ratifica successiva), gli atti compiuti diventano efficaci per la società medesima.

Conseguentemente gli accomandanti risponderanno illimitatamente e solidalmente, con gli accomandatari, verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali, comprese quelle per le quali non si fosse verificata alcuna ingerenza (passata, presente e futura).

Chiaramente, anche in caso di fallimento, gli accomandanti, così individuati, saranno dichiarati falliti

«Per aversi ingerenza dell'accomandante nell'amministrazione della società in accomandita semplice - vietata dall'art. 2320 c.c. - non è sufficiente il compimento, da parte dell'accomandante, di atti riguardanti il momento esecutivo dei rapporti obbligatori della società, ma è necessario che l'accomandante svolga una attività gestoria che si concreti nella direzione degli affari sociali, implicante una scelta che è propria del titolare della impresa».

(Cass. Civ., Sez. I, 14 gennaio 1987, n. 172).

Nei rapporti interni tra i soci, tuttavia, l'accomandante che si fosse ingerito - con l'avallo da parte della società - conserva una responsabilità limitata e, ove costretto a pagare terzi creditori, potrà rivalersi nei confronti degli accomandatari.

In caso di ingerenza non autorizzata, invece, gli atti compiuti dai soci accomandanti sono inefficaci e non impegnano assolutamente la società.

«L'accomandante che agito come *falsus procurator* risponde a titolo di risarcimento del danno che il terzo ha subito per aver confidato senza colpa nella validità dell'atto (art. 1398 cod. civ.). In tutti i casi resta accomandante con responsabilità limitata e non diventa accomandatario, anche se può essere escluso dalla società in quanto l'ingerenza comporta grave inadempienza»

(Silvio D'Andrea, Manuale delle Società, ed. Gruppo 24 Ore, 2009, 302).

Il legislatore consente una deroga al divieto di ingerenza per gli accomandanti delle s.a.s. solo in alcuni casi specifici, ovvero: nel caso di nomina e revoca degli amministratori, da approvarsi - previo consenso unanime degli accomandatari - con numero di accomandanti pari alla maggioranza di capitale dai medesimi sottoscritta (artt. 2319 c.c.), ovvero nel caso di revoca giudiziale per giusta causa degli amministratori nominati con l'atto costitutivo o atto separato (2259, co. 2, c.c.,).

«con la richiesta giudiziale di revoca il socio accomandante non esercita un sindacato sull'operato degli amministratori ma fa valere una giusta causa di revoca dell'amministratore, cioè la violazione, da parte di questo, dei doveri che gli derivano dalla legge o dall'atto costitutivo»

(F. Galgano, Società in Genere. Società di persone, Trattato di diritto civile e commerciale, Giuffrè, Milano, 2007).

Altra deroga al divieto di ingerenza è rappresentata dalla possibilità di collaborazione con gli amministratori e rappresentanti. Il codice civile, infatti, consente agli accomandanti di trattare o concludere affari in forza di procura speciale e secondo le direttive impartite dagli accomandatari. Essi, inoltre, possono prestare la loro opera sotto la direzione degli amministratori (ad esempio attività materiali o intellettuali svolte nell'ambito di un rapporto di subordinazione).

Le società di persone agiscono sotto una ragione sociale costituita dal nome di uno o più soci con l'indicazione del rapporto sociale. Per le s.a.s. la ragione sociale deve contenere il nome di uno o più soci accomandatari. Tutte le società di persone si costituiscono per scrittura privata autenticata da un notaio oppure per atto pubblico.

L'atto costitutivo deve essere poi depositato - a cura del notaio - per l'iscrizione nel registro delle imprese. Entro 30 giorni occorre, inoltre, comunicare all'Agenzia delle Entrate l'inizio dell'attività per farsi attribuire il numero di partita IVA.

L'iscrizione nel R.I. ha, in linea di principio, una funzione dichiarativa e serve a regolarizzare la società medesima. L'iscrizione, in particolare, produce - verso i terzi - una presunzione assoluta di conoscenza, che non ammette prova contraria e vale immediatamente sin dal momento stesso dell'iscrizione, anche se i terzi ignoravano o erano impossibilitati a conoscere dell'iscrizione medesima (si cfr. art. 2193, co. 2, c.c., richiamato ex art. 2, d.lgs 18 maggio 2001, n. 228).

In ossequio agli obblighi internazionali, la legge delega 29 settembre 2000, n. 300 (artt. 11 e 14), che aveva dettato criteri direttivi, ora attuati dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in vigore dal 4 luglio 2001, anche per le società di persone (art. 1, co., d.lgs. 231/2001) opera la nuova disciplina della responsabilità amministrativa degli enti derivante da illeciti penali.

Tuttavia, ancorché conseguente a reato ed accertata e legata alle garanzie del processo penale, si tratta di responsabilità di natura extrapenale (amministrativa) propria, diretta ed autonoma e non solidale con l'autore del reato.

Non si tratta, in sintesi, di una responsabilità di tipo oggettivo. Infatti, a causa del rapporto organico (o, comunque, di rappresentanza) la condotta penalmente illecita di chi agisce per la società è direttamente riconducibile alla società medesima.

«La legge imputa alla società una responsabilità per fatto proprio (e non di tipo oggettivo) per attività illecita derivante da reati commessi da persone fisiche che, operando in nome e per conto della medesima e, comunque, nel suo interesse, costituiscono il *traint d'union indispensable* per l'attribuzione dell'attività stessa all'ente (ad esempio, corruzione, truffe in finanziamenti e quanto di pertinenza) »

(Silvio D'Andrea, Manuale delle Società, ed. Gruppo 24 Ore, 2009, p. 89).

I principi cui si ispira la responsabilità delle società derivante da illecito penale sono conformi a quelli previsti in ambito giuspenalistico e, quindi, quelli di legalità (artt. 2 e 3, d.lgs. 231/2001), di successione delle leggi nel tempo (art. 3, d. lgs. 231/2001) e personalità (artt. 1, 5 ed 8, d. lgs. 231/2001).

In un contesto di stampo penalistico, il rispetto del principio di personalità, che esige la colpevolezza del soggetto punibile, è assicurato dal collegamento tra persona fisica - autrice materiale dell'illecito - e la società beneficiaria, implicando colpevolezza e gravità della violazione (cui è commisurata la determinazione della sanzione) anche allorché l'autore del reato non venisse identificato.

Ai fini della responsabilità, pertanto, l'autore dell'illecito deve essere un soggetto che abbia agito per la società, ovvero persone fisiche che operano nell'interesse di quest'ultima e rivestano funzioni di rappresentanza, amministrazione (anche di fatto) o direzione (anche solo di una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale), ovvero siano sottoposte alla direzione vigilanza di soggetti che esercitano le dette funzioni di amministrazione, rappresentanza o direzione.

La società risponde sempre con tutto il suo patrimonio (art. 27, d.lgs. 231/2001) e, quindi, anche quando l'autore del reato non venisse identificato o non fosse imputabile, e nell'ipotesi di estinzione del reato medesimo, salvo il caso di amnistia. Inoltre, le cause di estinzione della pena (ad esempio grazia o indulto) e di non punibilità – non escludendo l'esistenza del reato – mantengono ferma la responsabilità patrimoniale dell'ente.

In linea di principio, del pagamento della sanzione pecuniaria risponde esclusivamente la società con il suo patrimonio. Sono, pertanto, esclusi i singoli soci.