

**Norme & Tributi**  
**Diritto dell'economia**

# Cda e amministratori, colpa presunta per i membri non esecutivi

**Responsabilità**

In caso di eventi dannosi devono dimostrare di aver tentato di evitarli

Per le società non creditizie l'onere della prova ricade su chi chiede il risarcimento

Pagina a cura di **Angelo Busani**

Se si verifica un evento dannoso per la banca oppure se l'autorità di vigilanza irroga una sanzione per un comportamento irregolare, gli amministratori non esecutivi (in acronimo, i Ned, *non-executive directors*) ne rispondono, a meno che non provino di aver tenuto la condotta dovuta o di aver comunque tenuto un comportamento preordinato ad evitare il danno o la sanzione.

Lo sancisce la Cassazione (ordinanza n. 5347 del 18 febbraio 2022) che ha ribadito il suo rigoroso orientamento sulla responsabilità degli amministratori non esecutivi (si vedano, ad esempio, le decisioni 24851/2019, 19556/2020): a chi agisce in responsabilità verso gli amministratori di una banca (o all'autorità di vigilanza che commina una sanzione) compete solo di dimostrare l'esistenza di un segnale d'allarme che avrebbe dovuto indurre gli amministratori a comportarsi diversamente, mentre su costoro grava l'onere di provare di avere tenuto la condotta dovuta o, comunque, mirante a scongiurare il danno.

**Oneri più pesanti**

In sostanza, sugli amministratori di una banca (compresi i non esecutivi) grava una sorta di presunzione di condotta colpevole in caso di eventi dannosi o di comportamenti irregolari; mentre, nel diritto societario "comune" è chi pretende il risarcimento del danno a dover dimostrare il nesso causale tra il danno provocato e il negligente comportamento degli amministratori. Nel campo bancario, insomma, l'onere della prova viene ribaltato. Una volta di più è dunque ribadito che gli amministratori non esecutivi della banca hanno un ruolo centrale, sia per la natura stessa del loro incarico in una società di così importante rilevanza quale è un istituto bancario, sia per le specifiche competenze che sono richieste in capo a chi è nominato nel board di una banca.

Nel diritto societario "comune" gli amministratori non esecutivi beneficiano invece di un notevole temperamento di responsabilità. Infatti, nel caso in cui l'inosservanza dei doveri gravanti sull'organo amministrativo attenga a «funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori» (articolo 2392 del Codice civile), la responsabilità si concentra sui soggetti delegati, in quanto essi, dall'attribuzione di deleghe, derivano anche il dovere di curare «che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla na-

**La Cassazione ribadisce che chi agisce deve solo dimostrare l'esistenza di un segnale di allarme**

tura e alle funzioni dell'impresa» (articolo 2381, comma 5).

**Il dovere di essere informati**

Tutti gli amministratori, dunque, «sono tenuti ad agire in modo informato» (articolo 2381, comma 6); e dato che, sulla base delle informazioni ricevute, l'organo di amministrazione, nel suo plenum, «valuta l'adeguatezza» dell'assetto organizzativo della società, «esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società» e valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione» (articolo 2381, comma 3), gli amministratori non esecutivi (seppur non avendo più - come era preteso anteriormente alla riforma del diritto societario del 2003 - un dovere di vigilanza e una conseguente responsabilità per colpa in vigilando) sono gravati dalla responsabilità di non essersi appieno informati oppure della responsabilità di non aver agito «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze» (articolo 2392) nonostante la completezza dell'informazione ricevuta.

Il dovere di informazione è violato, ad esempio, per non aver compiuto una adeguata istruttoria nelle riunioni dei Comitati di cui i Ned fanno parte, per non aver svolto le occorrenti audizioni, per non aver esaminato la pertinente documentazione, per non aver acquisito le necessarie perizie tecniche, per non aver richiesto informazioni o ulteriori informazioni in situazioni nelle quali l'esplicazione di un comportamento diligente avrebbe dovuto necessitare tali richieste.

© RIPRODUZIONE RISERVATA



**NT+DIRITTO**

**Digs 231 e difensore dell'ente**

In tema di rappresentanza dell'ente nel procedimento penale, continuano ad essere commessi errori che portano

all'inammissibilità, nonostante la disciplina sia chiara e stabile.

di **Sandro Guerra**

La versione integrale dell'articolo su: **ntplusdiritto.ilsole24ore.com**

**Business judgment rule**

**Cos'è**

Gli amministratori sono responsabili per le perdite derivanti da un insuccesso imprenditoriale solo se le decisioni gestionali non sono state adottate diligentemente e cioè con tutte le cautele, le verifiche e le informazioni preventive necessarie

**I limiti**

La scelta gestionale è insindacabile solo se è stata legittimamente compiuta (la violazione di regole rende di per sé l'operazione illecita e determina responsabilità) e non è irrazionale (sussistono cioè ragioni in base alle quali la scelta compiuta è stata preferita ad altre)

## Insuccesso dell'impresa, board non responsabile se decide con diligenza

**I limiti alla sindacabilità**

La Business judgment rule tutela le decisioni gestionali: non vanno valutate ex post

**Angelo Busani**

Le perdite derivanti da un insuccesso imprenditoriale sono fonte di responsabilità degli amministratori solo se le decisioni gestionali non siano state adottate diligentemente, vale a dire con il corredo di tutte le cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente occorrenti per compiere decisioni di quel tipo.

È questo il principio (ben consolidato nella giurisprudenza di legittimità: si vedano le decisioni di Cassazione n. 3652/1997, 18231/2009, 28669/2013, 1783/2015, 15470/2017) cui sinteticamente ci si riferisce con l'espressione Business judgment rule, in acronimo Bjr.

In sostanza, il giudizio su un'operazione imprenditoriale (la quale ha una

naturale rischiosità) non va dato ex post, perché in tal modo si finirebbe per sindacare il merito delle decisioni gestionali, ma va formulato ex ante, osservando se l'insuccesso dipenda, o meno, da decisioni connotate da mancanza di correttezza, prudenza e perizia. In sostanza, occorre porsi nella stessa visuale in cui gli amministratori si sono posti prima di compiere l'operazione rivelatasi perdente e ritenere l'amministratore responsabile del danno provocato solo quando si accerti l'avvenuta omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni che sono da ritenersi normalmente necessarie per assumere scelte gestionali di un dato tipo in date circostanze.

La Business judgment rule, in sostanza, evita, da un lato, che gli amministratori per eccesso di prudenza facciano perdere opportunità all'impresa; dall'altro lato, impedisce che i giudici decidano applicando principi manageriali anziché giuridici; infine, la Bjr assolve anche a una funzione di disincentivo nei confronti di eventuali azioni giudiziarie che si basino esclusivamente

sul risultato economico di gestione.

In altri termini, all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico: il giudizio sulla diligenza dell'amministratore può concernere 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 determinate circostanze.

Peraltro, non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni e abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni assunte e le verifiche effettuate abbiano indotto l'amministratore a una decisione razionalmente coerente. In sostanza, il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto: la scelta gestionale è insindacabile, in primo luogo, se essa è stata legittimamente compiuta (la violazione di regole rende di per sé l'operazione illecita e provoca responsabilità conseguente al suo compimento) e, d'altro lato, se non è irrazionale (e, cioè, sussistono ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre).

Inoltre, se è vero che non sono sottoponibili a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma (i soci possono sperare che gli amministratori abbiano successo, ma non possono imputare a essi di non aver avuto successo), resta, invece, valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente - con istruttoria adeguata, in quanto completa e affidabile - i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da assumere un rischio opportunamente ponderato e da non esporre l'impresa alla perdita derivante dalla verifica di un rischio non adeguatamente considerato.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

**L'analisi**

## COMPOSIZIONE NEGOZIATA E CONTRATTI, IL RUOLO DEL GIUDICE NELLA RIDEFINIZIONE

di **Cristina Guelfi**

Lo schema di decreto legislativo recentemente approvato dal Consiglio dei ministri che, in attuazione della direttiva Insolvency, introduce parziale modifiche al Codice della crisi d'impresa, mette, ancora una volta, al centro la composizione negoziata delle crisi.

In rilievo è l'articolo 10 del decreto legislativo 118/2021, che attribuisce al giudice il potere di rideterminare il contenuto dei contratti in pendenza di trattative tra debitore e creditore divenuti per l'imprenditore eccessivamente onerosi per l'effetto della crisi economica generata dalla pandemia. La finalità è assicurare la continuità aziendale.

Questo è quanto è stato previsto dalla recente sentenza n. 6754 del 1 marzo 2022 emessa dal Tribunale di primo grado fiorentino, che, a fronte della richiesta di una società di rideterminare secondo equità le condizioni commerciali di un contratto di fornitura perché divenute eccessivamente onerose, ha statuito che sussiste tale possibilità solo ed esclusivamente laddove l'impossibilità sia direttamente riconducibile al perdurare della crisi pandemica.

Si è dunque riconosciuto per la prima volta al giudice il potere modificare le clausole negoziali durante lo svolgimento della procedura di composizione negoziata per garantire l'operatività dell'azienda. Si è poi ampliato e attualizzato così il concetto di onerosità sopravvenuta tipica del contratto privato ricomprendendo espressamente anche il fenomeno pandemico. Il giudice, nella sua valutazione deve effet-

tuare a monte l'accertamento della situazione dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario e deve accertare la ragionevole prospettiva di risanamento dell'impresa. Il processo di valutazione dovrà poi essere rivolto anche alle ragioni che hanno impedito alle parti di raggiungere un accordo sulla rinegoziazione del contratto, il cui equilibrio sia stato compromesso dalla pandemia, oltre che della correttezza e buona fede del comportamento serbato dal debitore nella circostanza e della misura in cui la controparte debba essere indennizzata per non squilibrare eccessivamente il rapporto contrattuale in suo danno. Tutti elementi suscettibili di apprezzamenti diversi, potenzialmente idonei a generare controversie dall'esito non facilmente prevedibile.

Si è poi specificato che, a potere essere modificati, sono solo i contratti ad esecuzione differita, continuata o periodica, conclusi prima della diffusione del Covid-19 e non anche i contratti di lavoro per i quali, in caso di mancata prosecuzione della continuità aziendale per eccessiva onerosità, si applicano le normali regole tipiche della cessazione del rapporto di lavoro.

Con la sentenza in commento il giudice di primo grado ha dunque accentuato la tendenza a favorire forme di "aggiustamento" giudi-

**Per il Tribunale di Firenze le condizioni commerciali sono rideterminabili solo per difficoltà causate dalla pandemia**

ziario dei contratti nell'interesse esclusivo della continuità aziendale finendo così per aprire lo spazio dell'autonomia negoziale al potere regolatorio proprio di un provvedimento giudiziario.

A questo si aggiunga che l'esercizio di tale potere integrativo da parte dell'organo giurisdizionale è risultato, peraltro, subordinato alla presenza di alcuni presupposti espressamente indicati dalla stessa legge, primo fra i quali, che vi sia un nesso di causalità diretto e immediato fra la pandemia e l'eccessiva onerosità del contratto.

All'interno di questa cornice l'articolo 10, così come interpretato e applicato dal tribunale fiorentino, sembrerebbe attribuire all'organo giurisdizionale il potere di integrare temporaneamente il negozio giuridico solo se questo può ragionevolmente, sulla base di un giudizio prognostico, avere un impatto sulla prosecuzione dell'attività dell'impresa in stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario così come è stato previsto che, in ogni caso, il tribunale, prima di provvedere, deve acquisire il parere dell'esperto.

Sebbene non si sia giunti a formulare in termini generali la previsione di un obbligo di rinegoziazione in presenza di sopravvenienze, tuttavia, la giurisprudenza di merito ha previsto, seppure in maniera non unanime, la possibilità di ravvisare un potere di rinegoziazione fondato sul dovere generale di buona fede o sull'equità.

Docente corsi di formazione Inrl-Istituto nazionale revisori legal  
© RIPRODUZIONE RISERVATA

IN EDICOLA E IN LIBRERIA

# Aspenia

Rivista di Aspen Institute Italia diretta da Maria Dossù

## Monete e potere

Il futuro del dollaro  
La battaglia delle valute  
Il mondo parallelo dei bitcoin

**1A** (EDICOLA.IT)

Ordina la tua copia su [Primaedicola.it](http://Primaedicola.it) e ritiralà, senza costi aggiuntivi né pagamento anticipato, in edicola.

**Shopping 24**

E-book disponibile su [www.shopping24.it](http://www.shopping24.it) e sui principali store online

IN EDICOLA CON IL SOLE 24 ORE A € 12,00\*

\*Oltre al prezzo del quotidiano.

Il Sole

# 24 ORE