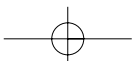
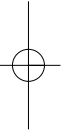
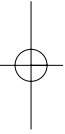




La responsabilità degli amministratori indipendenti





Consiglio Direttivo

Presidente

Mario Zanone Poma

Vice Presidenti

Gianfranco Negri-Clementi

Fabrizio Rindi

Consiglieri

Luigi Arturo Bianchi

Rosalba Casiraghi

Francesco Denozza

Attilio Piero Ferrari

Giovanni Fiori

Giovanni Pasini

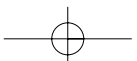
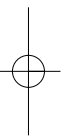
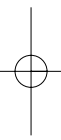
Paolo Pasini

Giovanni Pavese

Francesco Taranto

Segretario Generale

Fabio Venegoni



INDICE

Presentazione	p. 7
1) Le caratteristiche dell'amministratore indipendente: sue funzioni e suoi doveri (Marco Baglioni)	p. 9
2) La verifica e la certificazione della sussistenza del requisito di indipendenza, sia in fase di nomina sia nel corso del mandato (Maurizia Iachino Leto di Priolo)	p. 23
3) La mancanza o il venir meno del requisito di indipendenza: effetti sulle delibere consiliari (Annapaola Negri-Clementi)	p. 29
4) La responsabilità dell'amministratore indipendente nei confronti della società e dei creditori sociali. Nuovi profili del criterio di diligenza e del principio della solidarietà (Bruno Inzitari)	p. 51
5) Sulla responsabilità dell'amministratore indipendente quale componente di un comitato consultivo (Luigi Gaspari)	p. 69
6) Profili di responsabilità penale degli amministratori indipendenti (Giovanni Paolo Accinni)	p. 79
7) La copertura degli esponenti aziendali mediante la polizza D&O (Annapaola Negri-Clementi, Fabrizio Rindi).....	p. 89
8) La mela di Newton (Gianfranco Negri-Clementi).	p. 101

Presentazione

Questo elaborato raccoglie le riflessioni di un Gruppo di Progetto sul tema, carico di particolare interesse per i NED, delle loro responsabilità.

Nei precedenti elaborati NED si è detto **chi** sono gli amministratori indipendenti, **come** si qualifichino rispetto agli altri, **quanto** siano stati privilegiati dalla continua richiesta di loro presenza, **quali** rapporti essi intreccino con gli altri organi sociali ed in particolare con quelli di controllo, sorveglianza e vigilanza....insomma si è cercato, nei precedenti elaborati, di fare una catalogazione ragionata dei principali aspetti di questa figura da poco prepotentemente apparsa tra le dramatis personae del governo societario.

Ora ci siamo chiesti: ma, visto che i NED sono così specialmente esperti e indipendenti da essere ritenuti necessari alla buona governance societaria, e visto che la normazione pubblica e privata tali li fa apparire al mercato (e loro stessi così desiderano apparire, ed essere riconosciuti anche economicamente), non è che essi abbiano anche una qualche **speciale responsabilità**? E in quale obbligo speciale trova fonte, se la trova, questa speciale responsabilità che gli amministratori indipendenti hanno - in più, si pensa - rispetto a quella che normalmente hanno tutti gli amministratori non esecutivi? E quale il nuovo profilo della loro solidarietà?

E infine (ma forse per primo) c'è una loro responsabilità per oltre il legale (se il sociale e l'etico sono oltre il legale)?

Queste, e qualche altra ancora, sono le domande che stanno sullo sfondo del presente elaborato. Esso, deve aggiungersi, molto risente dell'ecllettismo della nostra associazione: e così alcune parti sono più pragmatiche (come quelle sulle modalità di elezione e verifica degli indipendenti, e sulla copertura assicurativa), altre più teoriche (come quelle sulle caratteristiche dell'indipendenza e sugli effetti della sua inwertiera dichiarazione o della sua disapplicazione); ed è anche per tale motivo che non si è tentato di risolvere temi, quanto di proporli.

NED è una comunità, ed è alla dialettica della comunità, quotidianamente recepita nel forum, che passiamo la parola.

Gianfranco Negri-Clementi
coordinatore dei Gruppi di Progetto

(1)**Marco Baglioni**

Le caratteristiche dell'amministratore indipendente: sue funzioni e suoi doveri

E' necessario ma non sufficiente che l'amministratore "indipendente" possieda i requisiti di indipendenza: deve anche operare sempre come tale all'interno della società amministrata, essenzialmente quindi nel suo Consiglio di amministrazione.

E' opinione largamente condivisa che egli abbia una funzione essenziale, quella di evitare che vengano commessi abusi da parte di chi ha il potere di gestire la società, siano essi i soci di controllo o i *managers*.

A tale rilevante funzione attribuita dalla *best practice* non corrisponde ancora una precisa indicazione normativa o regolamentare di doveri (e di strumenti di intervento) specifici.

1. Il comportamento attivo dell'amministratore indipendente ("A.I."); 2. Il ruolo dell'A.I. e gli interessi protetti; 3. I doveri dell'A.I. secondo la legge; 4. I compiti dell'A.I. secondo l'autodisciplina; 5. L'asimmetria tra il ruolo e gli strumenti d'intervento dell'A.I.

Il comportamento attivo dell' A.I. Il rispetto del requisito dell'indipendenza, verificato all'atto della nomina e mantenuto dall'A.I. per la durata della carica, è una condizione necessaria ma non sufficiente per lo svolgimento delle funzioni di A.I.. In altri termini, una volta nominato nel rispetto dei criteri che determinano l'indipendenza, l'A.I. deve **operare** come tale. La sua presenza nel Consiglio di amministrazione ("CDA") in quanto tale, se non fosse accompagnata da un **comportamento** idoneo, non rappresenterebbe altro che un ossequio formale (ma inadeguato) alle disposizioni di legge o dell'autodisciplina.

Pertanto, essere nominato A.I. non equivale a ricevere una sorta di carica "onorifica", né tanto meno può costituire un pretesto per sentirsi meno responsabile delle sorti della società amministrata. Anzi, l'A.I. deve svolgere un ruolo qualificato, rispetto agli altri amministratori, attivandosi perché la società ammini-

strata operi con trasparenza e correttezza sia nella sostanza che nelle procedure, nel rispetto degli interessi di tutti gli azionisti e, in definitiva, del mercato di borsa. Basti pensare che, come vedremo, la funzione essenziale che si attribuisce all'A.I., in quanto amministratore senza conflitti di interesse con chi governa la società, è quella di concorrere a ridurre il rischio che siano prese dal CDA della società stessa decisioni o iniziative in contrasto con l'interesse di tutti gli azionisti: a tale riduzione del rischio dovrebbe poi corrispondere un maggior affidamento del mercato sulla corretta conduzione della società, con riflessi positivi sul valore del titolo.

La ragione della presenza degli A.I. nei Consigli va quindi individuata nel fatto che essi sono reputati soggetti idonei, per la loro competenza, indipendenza e obiettività, a svolgere tale ruolo qualificato verso i soci e il mercato.

D'altra parte, non pare ammissibile che dal riconoscimento di questo ruolo attivo dell'A.I. (finalizzato a che **la società adotti** le dovute procedure e prassi di correttezza e trasparenza verso il mercato) si possa far discendere l'assunzione da parte dello stesso A.I. di una funzione **personale e individuale** di garanzia nei confronti dei soci e del mercato. Ciò porterebbe a una confusione (o peggio sostituzione) dei ruoli tra organi gestori e amministratori non esecutivi, che la legge non giustifica (e neppure l'autodisciplina), con un indebito trasferimento a carico dell'A.I. singolarmente considerato di responsabilità che gravano invece sulla società e quindi, di regola e in prima istanza, sui soggetti che hanno il potere/dovere di gestire la stessa.

E' in proposito necessario considerare quali sono **i limiti** che la legge e l'autodisciplina pongono allo svolgimento dei compiti dell'amministratore non esecutivo e quindi anche dell'A.I., non essendo tra l'altro consentito che la sua attività si trasformi in attivismo eccessivo. Ma, soprattutto, crediamo che non si debba cadere nell'errore di configurare l'A.I. come una figura (diremmo "sovrumana") che dovrebbe personalmente garantire la correttezza e trasparenza di comportamento della società amministrata verso il mercato, senza però avere gli adeguati e sufficienti poteri e mezzi di intervento (come del resto è connaturato alla sua funzione non esecutiva).

L'attività personale dell'A.I. deve quindi essere svolta nei confronti della società amministrata ed essenzialmente **all'interno** del Consiglio e dei Comitati ai quali partecipa.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Cercheremo ora di contribuire al tema della **responsabilità** dell'A.I. prendendo in esame i comportamenti richiesti al buon A.I., cioè come egli possa o debba attivarsi e in quali direzioni, cioè a tutela di quali interessi.

Per affrontare dette questioni, occorre individuare quali siano:

i compiti/le funzioni attribuite specificamente all'A.I., o anche all'A.I. al pari degli altri amministratori non esecutivi, sia dalla dottrina sia dalle disposizioni di legge o secondo l'autodisciplina; a questi si sommano – di fatto, molto spesso – i compiti derivanti dall'appartenenza dell'A.I. a uno o più dei Comitati per il controllo interno, la remunerazione o le nomine;

i mezzi/gli strumenti che l'A.I. ha (o dovrebbe avere) a disposizione per dare esecuzione a tali compiti, nonché il rapporto tra i mezzi e i compiti da svolgere (che – anticipiamo - ci pare insufficiente);

le conseguenze del mancato o scorretto assolvimento di tali compiti, incluso il caso in cui ciò derivi dalla semplice inerzia dell'A.I.

Il ruolo dell'A.I. e gli interessi protetti. I compiti che la dottrina e la *best practice* attribuiscono agli A.I./amministratori non esecutivi, anche con riferimento all'esperienza dei Paesi anglosassoni in quanto applicabile al contesto italiano, sono assai vari.

Esiste comunque una convergenza di opinioni su una funzione essenziale: evitare che vengano commessi abusi da parte di chi ha il potere di gestire la società, siano essi i soci di controllo o i managers da essi designati, siano i managers che conducono in autonomia le società ad azionariato diffuso. In sostanza, la stessa nozione di indipendenza consiste nell'indipendenza "nei confronti di chi esercita il potere all'interno della società, chiunque esso sia"¹.

Importanza primaria assume quindi il ruolo di vigilanza dell'A.I. nei confronti degli amministratori esecutivi, in particolare al fine di far affrontare correttamente e risolvere dalla società "le situazioni che comportano conflitti di interesse" (Raccomandazione UE, 3° considerando²). Nello stesso senso il Codice di autodisciplina promosso da Borsa Italiana, recentemente riformulato, prevede che gli

¹) F. Denozza, L'amministratore di minoranza e i suoi critici, in Giur. Comm., I, 767.

²) Raccomandazione della Commissione UE sul ruolo degli amministratori non esecutivi 2005/162/CE (in G.U.C.E. 15-2-2005).

amministratori non esecutivi debbano prestare "particolare cura alle aree in cui possono manifestarsi conflitti di interesse" (2° principio).

Se questo è il ruolo, l'A.I. deve svolgerlo nell'interesse di quali soggetti ?

La citata Raccomandazione UE (7° considerando) contiene un'efficace sintesi: "La presenza di persone indipendenti nel consiglio di amministrazione, in grado di mettere in discussione le decisioni dei dirigenti, è generalmente considerata un modo per proteggere gli interessi degli azionisti e degli altri interessati"; cioè l'interesse dei terzi che fanno affidamento sulla società, inclusi i dipendenti, e quello degli azionisti deboli (tutti nelle *public companies*; i soci di minoranza nelle società con azionisti di controllo) a che i managers non intraprendano operazioni abusive o in conflitto di interessi, ossia nel proprio personale interesse anche se a danno della società.

Proprio l'A.I. , in quanto libero da qualsiasi conflitto di interessi rilevante con chi conduce la società (Raccomandazione, 8° considerando), è quindi il soggetto idoneo nel CDA a svolgere tale ruolo di vigilanza nell'interesse di tutti gli azionisti e dei terzi coinvolti.

Anche il Codice di autodisciplina di Borsa Italiana pare considerare gli A.I. come una sorta di presidio a difesa dell'allineamento degli interessi tra gli amministratori esecutivi e gli azionisti (Commento al 3° Principio): allineamento che costituisce, in realtà, un aspetto delicato in tutte le società quotate. Come precisa il Codice, nelle società con un socio di controllo c'è l'ulteriore esigenza che qualche amministratore sia indipendente anche rispetto a questo socio che esercita la propria influenza sulla società.

Gli A.I. dovrebbero quindi fungere da meccanismo di difesa interno alla società per prevenire le deviazioni dal perseguimento dell'interesse di tutti i soci da parte di chi gestisce la società stessa, per accertarle tempestivamente e per limitarne gli effetti dannosi, se compiute³.

Tra l'altro, ci pare che l'esercizio di un tale ruolo possa anche prescindere da ogni considerazione circa le divergenti aspettative di profitto a breve o a lungo termine, proprie di ciascuna categoria di soci (un'indicazione a questo proposito è co-

³⁾ E' tuttavia ritenuto un compito assai difficile per un amministratore non esecutivo la scoperta delle frodi organizzate dai vertici delle società, in mancanza dell'intervento degli organi di controllo, sindaci e revisori.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

munque contenuta nel Codice di autodisciplina promosso da Borsa Italiana, nel Commento al 1° Principio: ciascun amministratore è tenuto a deliberare in autonomia, tenendo come obiettivo prioritario la creazione di valore per gli azionisti in un orizzonte di medio-lungo periodo).

Da questi presupposti deriverebbe la seguente implicazione: se un A.I. non si è preoccupato di vigilare sull'operato degli amministratori esecutivi, si dovrà pensare che egli non ha svolto la funzione per la quale è stato nominato (e quindi, ad esempio, non verrà più ricandidato per la carica o riletto dall'assemblea). Ma su questo tema torneremo affrontando la questione (dell'insufficienza) degli strumenti a disposizione dell'A.I.

In particolare, l'A.I. dovrà verificare che il CDA assicuri la necessaria correttezza e trasparenza delle operazioni della società ove è elevato il rischio di conflitto di interessi (la retribuzione degli amministratori esecutivi e, nei limiti del consentito, la loro nomina; le operazioni con parti correlate; le strategie; il sistema di controllo interno).

E' inoltre condivisa l'esigenza che gli A.I. affrontino i seguenti compiti:

difendere l'interesse della società amministrata in quanto tale e il suo valore economico in particolare;

tutelare gli azionisti di minoranza (pur senza confondere il ruolo dell'A.I. con quello del "consigliere di minoranza");

partecipare ai lavori dei Comitati di controllo interno e altri;

aggiungere all'interno del CDA competenze di varia natura (esperienza manageriale, professionale o altra);

migliorare/presidiare la qualità del sistema di *corporate governance* della società amministrata (soprattutto facendo adottare i principi dell'autodisciplina);

monitorare il sistema del controllo interno, il flusso di informazioni rilevanti e la loro trasmissione al pubblico, la tempestività e l'adeguatezza delle informazioni dell'A.D. agli altri amministratori e ai sindaci.

Si aggiunga che anche l'A.I., come ogni altro amministratore, è comunque parte-

cipe di tutte le decisioni prese collettivamente dal CDA, comprese quelle relative alle strategie della società (che non dovrebbero essere una semplice accettazione di strategie elaborate "altrove" dal socio di controllo o dall'A.D.).

Anche i codici di autodisciplina di alcune delle principali società quotate in Italia confermano, come elemento comune, che compito essenziale dell'A.I. è di apportare alla discussione in CDA il proprio contributo con autonomia di giudizio non condizionata da relazioni rilevanti con gli amministratori esecutivi o i soci di controllo.

Alcuni di questi codici precisano che il giudizio degli A.I. debba avere un "peso determinante" nell'assunzione delle delibere consiliari (ENEL, Generali, Intesa, Pirelli R.E., Campari); altri precisano che essi apportino nella discussione consiliare le loro specifiche competenze (ENEL, Generali). Altri ancora individuano la loro specifica funzione nel "contemperare gli interessi delle varie componenti della base azionaria e rispondere alle aspettative dei mercati" (RAS; analogamente ENEL e Merloni E.). Si aggiunga la partecipazione ai vari Comitati (per es. il Comitato Strategie, che in Telecom Italia è composto anche da amministratori non esecutivi).

Dunque, l'A.I. può dire di aver esaurito con la diligenza richiesta i suoi compiti se si è preoccupato e attivato nel CDA a tutela degli interessi sopra accennati. Non sarebbe invece sufficiente il fatto in sé di aver partecipato alle riunioni del CDA e alle votazioni delle deliberazioni e neppure l'aver espresso, se richiesto, qualche parere in Consiglio (e quindi aver svolto una mera funzione consultiva).

3. I doveri dell'A.I. secondo la legge. Tuttavia, se raffrontiamo le aspettative riposte in tale significativo ruolo dell'A.I. con la normativa, cogente o soggetta a adesione volontaria, applicabile al comportamento dell'A.I., rimaniamo – per così dire – un po' delusi, nel senso che troviamo ben poche disposizioni specifiche dedicate al compimento dei doveri dell'A.I. considerato in quanto tale.

Soprattutto, egli dispone, per esercitare concretamente le sue funzioni, di mezzi insufficienti: in pratica, intervenire, richiedere informazioni e dissentire all'interno del CDA, salvo semmai dimettersi o impugnare le delibere del CDA as-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

sunte in conflitto di interessi e a danno della società.

Ma alla stessa definizione dei compiti che l'A.I. dovrebbe specificamente e personalmente svolgere non sono dedicate particolari disposizioni, salvo quelle sulla dichiarazione di indipendenza (il che, peraltro non vorremmo che agevolasse la errata convinzione che, tutto sommato, basta per un A.I. autodichiararsi indipendente ed essere presente ai Consigli).

Ciò premesso, occorre in ogni caso chiarire se l'A.I. abbia obblighi particolari secondo il codice civile, i regolamenti Consob e di Borsa Italiana applicabili, le leggi speciali, in particolare il TUF, la legge risparmio, la normativa sul *market abuse* e la legge 231/2001.

Anzitutto, l'A.I. deve rendere fedelmente, cioè nel rispetto dei criteri di legge e dell'autodisciplina, la dichiarazione di indipendenza (al CDA, che la deve valutare e che quindi "la fa propria"): vedi l'art. 2387 cod. civ. (che parifica l'indipendenza agli altri requisiti di eleggibilità, onorabilità e professionalità, sia pure con rinvio all'autonomia statutaria), la legge risparmio, il codice di autodisciplina di Borsa Italiana (che rientra tra i codici di comportamento cui fanno riferimento il citato art. 2387 e l'art. 147-ter TUF per l'individuazione dei criteri di indipendenza).

In proposito, secondo la legge risparmio⁴, art. 1, diviene obbligatorio per le società quotate con un CDA composto da più di sette membri, avere almeno un indipendente, che sia in possesso dei requisiti stabiliti per i sindaci dal nuovo art. 148 TUF e, se previsto dallo statuto della società, degli ulteriori requisiti stabiliti dai codici di comportamento.

Gli altri obblighi dell'A.I. in base alle norme del cod. civ., del TUF e dei regolamenti Consob debbono essere "ritagliati" nell'ambito di quelli comuni a tutti gli amministratori (in particolare, a quelli non esecutivi):

⁴ Legge 28-12-2005 n. 262 (in G.U. 28-12-2005 n. 301). Il numero minimo di A.I. salirebbe a due secondo lo Schema di decreto legislativo di "riforma" della legge risparmio (agosto 2006).

adottare il livello di diligenza richiesto dalla natura dell'incarico e dalle proprie specifiche competenze (art. 2392, 1° co. cod. civ.)

essere ed agire informati, ex art. 2381, 6° co. cod. civ. (l'obbligo di informazione, che è anche attivo e non solo passivo, costituisce il presupposto per esercitare i compiti seguenti)

intervenire per impedire fatti pregiudizievoli di cui si viene a conoscenza (art. 2392, 2° co. cod. civ.)

vigilare (ora) specificamente sugli aspetti di cui all'art. 2381, 3° e 5° co. cod. civ. (deleghe agli A.D.; assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; piani strategici; generale andamento della gestione e operazioni di maggior rilievo della società e delle sue controllate)

curare che vengano adottate particolari cautele nei casi di interesse proprio degli amministratori nella delibera del CDA, di operazioni con parti correlate, di società soggette o che esercitano la direzione e coordinamento.

Tutti gli amministratori, compresi i non esecutivi, sono responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei loro doveri, a meno che si tratti di funzioni del comitato esecutivo o delegate a uno o più amministratori (art.2392, 1° co. cod. civ.).

L'art. 14 della legge risparmio inserisce nel TUF il nuovo art. 124-bis, che stabilisce l'obbligo per le società quotate di "diffondere annualmente" l'informazione sull'adesione ai codici di comportamento e sulla relativa osservanza, "motivando le ragioni dell'eventuale inadempimento" (*comply or explain*): lascia perplesso il concetto di inadempimento in tema di adesione volontaria a modelli di autodisciplina, ma, a parte ciò, pare che sia tipicamente onere dell'A.I. preoccuparsi che la società rispetti quest'ulteriore obbligo di *disclosure*, che dovrebbe essere rivolto al mercato in generale e non solo ai soci (tuttavia, la vigilanza della Consob su questa informazione dovrebbe essere abrogata secondo lo Schema di decreto legislativo di "riforma" della legge risparmio).

L'A.I. dovrà anche sincerarsi e curare che la società si adegui alle altre nuove disposizioni dettate dalla legge risparmio a tutela dei soci (tutti o di minoranza) e del mercato in generale: peraltro è questo un obbligo comune a tutti gli amministratori, anche se riguarda materie tipicamente soggette all'attenzione dell'A.I.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

A parte ciò, non sembra che la legge risparmio ponga doveri specifici a carico dell'A.I.

La normativa sulla trasparenza dei mercati⁵ amplia gli obblighi a carico degli amministratori delle società, in particolare per quanto riguarda l'informazione rilevante da comunicarsi al pubblico, l'*internal dealing*, l'adozione del registro delle persone che hanno accesso alle informazioni privilegiate. Per quanto riguarda l'*internal dealing*, la tempestività della comunicazione al mercato delle compravendite di azioni della società da parte dei suoi amministratori contribuisce alla qualità del governo societario a tutela del risparmio in essa investito, potendo costituire tali operazioni un "campanello di allarme" utile per il mercato, nei casi di frode degli amministratori esecutivi, prima che sia troppo tardi.

Anche in questo caso il CDA – e non certo il singolo amministratore non esecutivo – è responsabile dell'adozione delle procedure necessarie in materia di informazioni privilegiate e di *internal dealing*; tuttavia, dovrebbe essere un'altra tipica iniziativa degli A.I. l'assicurarsi che il sistema di *governance* della società sia adeguato in tal senso.

Dunque, le recenti norme, che pure introducono numerosi adempimenti a carico delle società quotate, nell'intento di evitare in futuro altre frodi a danno degli investitori, non contengono riferimenti specifici ai compiti degli A.I.. Tuttavia, essi, in considerazione degli interessi tutelati (vedi sub 2), potrebbero essere ritenuti i destinatari "privilegiati" delle norme a tutela della correttezza verso il mercato e i risparmiatori in generale. Gli A.I. sarebbero in tal modo indirettamente tenuti ad una soglia di attenzione e di diligenza particolare, maggiore di quella degli altri amministratori, ma –in ogni caso – nel senso anzidetto di dover svolgere un ruolo attivo **all'interno del CDA**, senza perciò avere alcun obbligo posto *ex lege* a carico personale dell'A.I. individualmente considerato.

Si consideri che l'A.I. può, in pratica, trovarsi a dover compiere valutazioni ben difficili: si pensi per es. all'obbligo della società di comunicare al pubblico le informazioni privilegiate/*price sensitive*: l'A.I., che in via di principio deve adoperarsi

⁵ C.d. legge market abuse dell'aprile 2005, recante modifiche al TUF, al Regolamento Consob emittenti e alla legge 231 /2001.

perché la comunicazione al mercato sia la più tempestiva possibile, si potrebbe trovare in una situazione critica nel caso in cui, a norma dell'art. 114 del TUF, 3° co., la società possa, per evitare un danno, ritardare la diffusione dell'informazione, purchè "ciò non possa indurre in errore il pubblico" e la società "sia in grado di garantirne la riservatezza"!

I compiti dell'A.I. secondo l'autodisciplina. Alcuni compiti significativi riguardano l'A.I. in base al Codice di autodisciplina delle società quotate, la cui nuova versione è stata approvata dal Comitato promosso da Borsa Italiana e pubblicata nel marzo 2006.

In realtà, anche in questo Codice sono indicati criteri di comportamento che riguardano tutti gli amministratori (tuttavia, gli A.I. possono considerarsi particolarmente interessati): garantire la centralità del CDA; curare che esso esamini e approvi gli obiettivi strategici della società e tutte le altre materie e operazioni rilevanti, elencate *sub* 1° Principio del Codice, e che tenga le sue riunioni con regolare cadenza e con l'adeguata l'organizzazione; curare che l'informazione al CDA sia tempestiva e che la verbalizzazione sia trasparente; curare la correttezza delle informazioni al mercato. L'A.I., come del resto ogni altro amministratore, a tal fine dovrà naturalmente dedicare alla carica il tempo necessario per informarsi, partecipare alle riunioni e deliberare consapevolmente e in autonomia "nell'interesse della generalità degli azionisti".

Inoltre gli amministratori non esecutivi – tra cui gli A.I. – devono esprimere un giudizio tale avere un "**peso significativo** nell'assunzione delle decisioni consiliari" (2° Principio): il che sembra confermare l'esistenza di un dovere di comportamento attivo per l'A.I. (analogo concetto è espresso dal Regolamento di Borsa Italiana per il mercato "STAR").

Dovere specifico dell'A.I. è naturalmente quello di rispettare (ora "avendo riguardo più alla sostanza che alla forma") i requisiti di indipendenza, stabiliti dal Codice di autodisciplina, 3° Principio, e dalla normativa applicabile, e informare il CDA al riguardo.

Altri compiti specifici sono poi connessi all'appartenenza a uno o più dei Comitati previsti dal Codice (in particolare, compiti di monitoraggio da esercitarsi anche

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

fuori dal CDA spettano all'A.I. che sia anche membro di uno o più Comitati, i cui poteri possono includere l'accesso diretto alle informazioni e alle funzioni aziendali necessarie per lo svolgimento dei loro compiti (5° Principio).

Molti di questi compiti dell'A.I. sono riaffermati, anche con maggiori puntualizzazioni e indicazioni di modalità operative, dai Principi Guida e dalla Guida pratica NED; in particolare, i seguenti:

- rendere la veritiera dichiarazione di indipendenza e la sua riconferma annuale
- esercitare un "peso significativo" nelle decisioni del CDA
- esprimere la propria opposizione alle decisioni dannose per la società
- dimettersi quando necessario (ma riteniamo che occorra anche valutare quando e come informare correttamente il mercato in caso di dimissioni per contrasti o dissensi con le deliberazioni prese dal CDA)
- dedicare il tempo e le competenze necessarie all'incarico
- fare in modo che il CDA e il sistema di *governance* siano ben funzionanti (vedi anche NED, Guida pratica per l'A.I., par. 4)
- fare in modo che il CDA, in particolare, disponga dell'informazione necessaria in anticipo rispetto alle riunioni
- assicurarsi che la comunicazione al mercato delle informazioni riguardanti la società sia corretta.

5. L'asimmetria tra il ruolo e gli strumenti d'intervento dell'A.I. Se, dunque, si sommano e si integrano tra loro le disposizioni sopra citate, ci pare che, seppure ben poche di esse sono riferite direttamente al comportamento dell'amministratore non esecutivo, l'A.I., per il ruolo di vigilanza e tutela degli interessi di tutti gli azionisti attribuitogli dalla *best practice*, risulta essere un destinatario qualificato (all'interno del CDA) delle sempre più numerose regole di correttezza e trasparenza verso il mercato di borsa e il pubblico. Di conseguenza, come avevamo anticipato, pare che sia voglia porre a carico dell'A.I. un compito significativo.

Ma, a tale onere, corrispondono adeguati **poteri di intervento dell'A.I.**, o più in

generale, **strumenti d'azione**? Ci pare di poter concludere nel senso che i mezzi a disposizione siano assai limitati.

L'amministratore non esecutivo ha sicuramente il potere di chiedere nell'ambito del CDA tutte le informazioni che ritiene necessarie o opportune, come espressamente stabilisce l'art. 2381, 6° co. cod. civ.: si tratta, anzi, di un potere-dovere dell'A.I. nei confronti degli Amministratori Delegati, cui corrisponde l'obbligo di questi di dare adeguata risposta alla richiesta di informazione.

Ma fuori dal CDA, di regola, non pare che l'A.I. abbia autonomi poteri di indagine mediante accesso diretto alle strutture aziendali e ai *managers*, tranne che in quanto membro del Comitato per il controllo interno⁶, o, a maggior ragione, dell'Organo di vigilanza ex legge 231, per le esigenze di tali organismi. In proposito, l'art. 2381 cod. civ., 6° co., precisa che "ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società"; e al 3° co. lo stesso art. stabilisce che il CDA vigili sugli aspetti della gestione "sulla base delle informazioni ricevute" (dagli amministratori delegati).

Il Principio Ned n.16 ritiene tuttavia che non debbano essere inibiti gli incontri col *management* fuori dal CDA.

Ma nell'ambito del CDA, se l'A.D. non dà le informazioni richieste, o fornisce informazioni non convincenti, come può reagire l'A.I.? Sicuramente col dissenso messo a verbale e comunicato per iscritto al Collegio sindacale, ex art. 2392, 3° co. cod. civ., nonchè, eventualmente, con le dimissioni (vedi Principio Ned n. 3). L'A.I. potrà anche impugnare la delibera del CDA assunta senza il suo concorso. Evidentemente, però, sia le dimissioni sia l'impugnazione della delibera nei casi di disaccordo dell'A.I. rientrano nella patologia del rapporto e non certo in quei comportamenti ordinari, propositivi e anche critici (ma non di conflitto aperto) che sono necessari per svolgere il ruolo di vigilanza indipendente sopra individuato⁷.

⁶ Sul punto il Codice di autodisciplina di Borsa Italiana, 5° Principio, prevede che i Comitati abbiano la facoltà di accesso diretto alle informazioni e alle funzioni aziendali per lo svolgimento dei loro compiti (nei termini stabiliti dal CDA).

⁷ Sulle impugnazioni delle deliberazioni del CDA vedi il contributo di Annapaola Negri-Clementi in questo volume.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Nuovi strumenti provengono dalla prassi (esperienze anglosassoni, recepite in Italia per es. da Telecom): il *Board* degli A.I. (o *Advisory Board*) e il *Lead Independent Director* (questa figura è stata recepita anche nel nuovo testo del codice di autodisciplina⁸; vedi anche Principio Ned n.6). Vedremo quali funzioni i nuovi strumenti potranno concretamente esercitare nelle società italiane. Riteniamo comunque preferibile che essi restino sul terreno (più di sostanza che di forma, anche in questo caso) del supporto, anche critico, alle discussioni del CDA, senza appesantire sul piano formale-burocratico le società di ulteriori organismi, procedure, verbali ecc. (almeno per le società di piccola e media dimensione, nelle quali tale appesantimento tra l'altro accresce la propensione a non quotarsi o al *delisting*).

Si ritiene infine che, in generale, ogni ulteriore o maggior strumento d'azione di cui si doteranno gli A.I. – pur auspicabile – dovrebbe essere calibrato e contenuto in funzione della caratteristica essenziale della non esecutività della carica, evitando di attribuire poteri (potremmo dire "para-gestionali") e correlate responsabilità che esulano dalla figura istituzionale dell'A.I. com'è stata finora congegnata, prima tra tutti, dall'autodisciplina societaria.

⁸⁾ Sul punto il Codice di autodisciplina di Borsa Italiana, 2° Principio, prevede che il CDA designi tra gli A.I., nei casi in cui il Presidente e l'Amministratore Delegato siano la stessa persona oppure quando il Presidente controlli la società, il Lead Independent Director, che dovrebbe coordinare gli amministratori non esecutivi per meglio contribuire all'attività del CDA.

(2)

Maurizia Iachino**La verifica e la certificazione della sussistenza del requisito di indipendenza, sia in fase di nomina sia nel corso del mandato**

La prassi di avere nel CdA un numero adeguato di Consiglieri Indipendenti è acquisita e rinforzata dal nuovo Codice di Autodisciplina che parla dell'Amministratore Indipendente quando, introducendo la nuova figura del Lead Independent Director, lo definisce come ruolo di Riferimento Indipendente per gli Amministratori Indipendenti.

Il recente Codice di Autodisciplina fornisce un'interpretazione più chiara rispetto alle versioni precedenti, ma non affronta "inequivocabilmente" il concetto di "origine" della candidatura. Parla infatti genericamente di "liste di candidature proposte" senza accennare né definire chi può o deve originare la candidatura, né parlando di "processo di selezione".

Si accenna alle candidature di nomina delle minoranze dicendo che esse sono cosa diversa rispetto all'Amministratore Indipendente che di per sé per la loro nomina, non sono cioè da considerarsi indipendenti, ne consegue che l'indipendenza va verificata anche per gli Amministratori di nomina delle minoranze.

Infine il dibattito è ancora aperto riguardo a candidati nominati dalla maggioranza, perché si presuppone una possibile "dipendenza degli stessi" da chi ha deciso la nomina.

La proposta per il nostro dibattito è quella di risalire alla fonte della candidatura e definire le caratteristiche che garantiscono l'indipendenza.

Risalire perciò ad un organismo indipendente, esterno, per l'individuazione e la proposta degli Amministratori Indipendenti, può eliminare eventuali dubbi di "posizione di debito" per i candidati proposti direttamente da azionisti e consiglieri.

Già in paesi esteri questo processo è stato raccomandato e già adottato frequentemente: dal 2004 ne ritroviamo traccia come indicazione di Best Practice nei rapporti Higgs e Tyson, ove si raccomanda di utilizzare la Consulenza di Executive Search.

Definiti i requisiti di Indipendenza, con la importante precisazione da parte del Codice di dare attenzione più alla sostanza che alla forma, per garantire che siano individuati, riconosciuti e rispettati i requisiti di indipendenza, è necessario soffermarsi sul processo di selezione, sul processo di nomina, e sul processo di verifica dei requisiti:

PROCESSO DI SELEZIONE

Il processo di selezione degli Amministratori Indipendenti deve essere impostato in modo da garantire che l'origine della candidatura non sia fonte di condizionamenti.

Si richiede che il processo di individuazione e di nomina siano condotti nella massima trasparenza e ciò comporta che sia dichiarata la provenienza dell'indicazione di ogni candidatura.

La maggiore garanzia è data quando si richiede ad un esterno all'azionariato e al CdA, di proporre una rosa di candidati secondo un profilo di competenza e di requisiti fornito dalla società, dal Comitato Nomine ove esiste o dal CdA o delegati del CdA.

La lista preparata dall'advisor esterno dovrebbe comprendere, dopo adeguata valutazione, e se corrispondenti al profilo fornito, le candidature presentate da azionisti o consiglieri.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

PROCESSO DI NOMINA

Il Comitato Nomine o il CdA provvede ad un esame ragionato dei profili ed alla scelta finale dei candidati, potendo analizzare tutte le informazioni fornite dall'Advisor esterno: riguardo al profilo e alle caratteristiche personali e professionali.

PROCESSO DI VERIFICA

Il CdA deve verificare, con cadenza regolare annuale, che i requisiti di indipendenza non siano venuti meno, per oggettivi cambiamenti nella posizione di Amministratore Indipendente.

La verifica annuale avverrà sulla base di autocertificazione degli stessi Amministratori Indipendenti che dichiarino, ove sussistano, nuove posizioni che potrebbero cambiare il profilo di indipendenza.

Il Comitato Nomine, ove esiste, o il CdA, verifica la nuova situazione e presenta il suo parere al CdA riguardo ad eventuale decadenza di requisiti di indipendenza, sui quali il CdA sarà chiamato a deliberare.

Il Collegio Sindacale è coinvolto nella valutazione periodica circa l'adesione al Codice e quindi anche relativamente a requisiti di indipendenza degli Amministratori Indipendenti e all'esistenza di eventuali conflitti di interesse riferendone alla prima Assemblea utile.

Seguono: I Principi del nuovo Codice relativi all'argomento

3. AMMINISTRATORI INDIPENDENTI

Principi relativi alla nomina e verifica Amministratori Indipendenti

3.P.2. L'indipendenza degli amministratori è periodicamente valutata dal consiglio di amministrazione.

L'esito delle valutazioni del consiglio è comunicato al mercato.

3.C.4. Dopo la nomina di un amministratore che si qualifica indipendente e successivamente almeno una volta all'anno, il consiglio di amministrazione valuta, sulla base delle informazioni fornite dall'interessato o comunque a disposizione dell'emittente, le relazioni che potrebbero essere o apparire tali da compromettere l'autonomia di giudizio di tale amministratore. Il consiglio di amministrazione rende noto l'esito delle proprie valutazioni, in occasione della nomina, mediante un comunicato diffuso al mercato e, successivamente, nell'ambito della relazione sul governo societario, specificando con adeguata motivazione se siano stati adottati parametri differenti da quelli indicati nei presenti criteri applicativi.

CODICE DI AUTODISCIPLINA

3.C.5. Il collegio sindacale, nell'ambito dei compiti ad esso attribuiti dalla legge, verifica la corretta applicazione dei criteri e delle procedure di accertamento adottati dal consiglio per valutare l'indipendenza dei propri membri. L'esito di tali controlli è reso noto al mercato nell'ambito della relazione sul governo societario o della relazione dei sindaci all'assemblea.

COMMENTO

“ Le più comuni fattispecie sintomatiche di assenze di indipendenza citate nei criteri applicativi non sono esaustive né vincolanti per il consiglio che potrà adottare criteri aggiuntivi o anche parzialmente diversi, dandone adeguata comunicazione al mercato. C.S. vigila sulle modalità di concreta applicazione dei criteri adottati dal Consiglio.

Per l'accertamento è basato su informazioni fornite dagli interessati o a disposizione dell'emittente, non è richiesta un'apposita attività di indagine volta e individuare eventuali relazioni rilevanti”.

“il CdA dovrebbe valutare le relazioni commerciali finanziarie e professionali intrattenute dall'Amministratore con l'emittente in base alla loro significatività sia intermini assoluti che con riferimenti alla situazione economico-finanziaria dell'interessato”.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

“.....anche le relazioni particolarmente rilevanti per il prestigio dell’interessato”

“.....anche l’eventuale attività politica svolta in via continuativa da un Amministratore”.

6. NOMINA DEGLI AMMINISTRATORI

Principi generali

6.P.1. La nomina degli amministratori avviene secondo un procedimento trasparente. Esso garantisce, tra l’altro, tempestiva e adeguata informazione sulle caratteristiche personali e professionali dei candidati alla carica.

6.P.2. Il consiglio di amministrazione valuta se costituire al proprio interno un comitato per le nomine, composto, in maggioranza, da amministratori indipendenti.

Criteri applicativi

6.C.1. Le liste di candidati alla carica di amministratore, accompagnate da un’esauriente informativa riguardante le caratteristiche personali e professionali dei candidati, con indicazione dell’eventuale idoneità dei medesimi a qualificarsi come indipendenti ai sensi dell’art. 3, sono depositate presso la sede sociale almeno quindici giorni prima della data prevista per l’assemblea. Le liste, corredate dalle informazioni sulle caratteristiche dei candidati, sono tempestivamente pubblicate attraverso il sito internet dell’emittente.

6.C.2. Ove costituito, il comitato per le nomine può essere investito di una o più delle seguenti funzioni:

a) proporre al consiglio di amministrazione i candidati alla carica di amministratore nel caso previsto dall’art. 2386, primo comma, cod. civ., qualora occorra sostituire un amministratore indipendente;

b) indicare candidati alla carica di amministratore indipendente da sottoporre all’assemblea dell’emittente, tenendo conto di eventuali segnalazioni pervenute dagli azionisti;

c) formulare pareri al consiglio di amministrazione in merito alla dimensione e alla composizione dello stesso nonché, eventualmente, in merito alle figure professionali la cui presenza all’interno del consiglio sia ritenuta opportuna.

COMMENTO

Il Comitato raccomanda che per la nomina degli amministratori siano previste modalità che assicurino la trasparenza del procedimento ed una equilibrata composizione del consiglio, garantendo in particolare la presenza di un adeguato numero di amministratori indipendenti.

A tal fine, gli emittenti sono chiamati a valutare se sia utile costituire, nell'ambito del consiglio di amministrazione, un comitato per le nomine, composto in maggioranza da amministratori indipendenti, investito di una o più delle funzioni elencate

nei criteri applicativi. Il Comitato riconosce, peraltro, che tale soluzione nasce storicamente in sistemi caratterizzati da un elevato grado di dispersione dell'azionariato, al fine di assicurare un adeguato livello di indipendenza degli amministratori rispetto al management, e che soprattutto in presenza di assetti proprietari diffusi esso svolge una funzione di particolare rilievo nell'identificazione dei candidati alla carica di amministratore. In ogni caso, il comitato per le nomine può svolgere un utile ruolo consultivo nella individuazione della composizione ottimale del consiglio, eventualmente indicando le figure professionali la cui presenza possa favorirne un corretto ed efficace funzionamento.

Anche il voto di lista, ormai obbligatorio per la nomina degli amministratori, può risultare utile allo scopo di assicurare una procedura di nomina trasparente ed una equilibrata composizione del consiglio, che includa anche un adeguato numero di amministratori indipendenti. In proposito, il Comitato auspica che gli emittenti, nel recepire nei propri statuti le disposizioni legislative in tema di elezione alle cariche sociali, assicurino la trasparenza del processo di selezione e nomina degli amministratori.

Il Comitato ritiene che, pur nel rispetto di quanto imposto dalla legge in ordine alle modalità di votazione per la nomina degli amministratori (scrutinio segreto), il presidente dell'assemblea possa segnalare agli azionisti presenti che essi hanno la facoltà di dichiarare il proprio voto al fine di rendere il procedimento assembleare più trasparente e funzionale. È inoltre auspicabile che gli azionisti qualificati (tra i quali rientrano quelli di controllo e gli investitori istituzionali) dichiarino spontaneamente il loro voto nelle assemblee chiamate ad eleggere gli amministratori.

(3)**Annapaola Negri-Clementi****La mancanza o il venir meno del requisito di indipendenza: effetti sulle delibere consiliari**

La rilevanza dell'indipendenza come requisito parificato alla onorabilità e alla professionalità ai sensi dell'art. 2387 c.c., anche nelle società non quotate.

La dichiarazione di indipendenza dell'amministratore poi rivelatosi non indipendente (c.d. falsa dichiarazione di indipendenza) quale causa di invalidità della delibera consiliare.

I – Premessa

Dalla individuazione, sotto il profilo fisiologico, dei requisiti per la nomina, dei compiti e degli obblighi dell'amministratore indipendente (come già ampiamente trattati nei precedenti capitoli), consegue l'esigenza di verificare, sotto il profilo patologico, quale meccanismo offra il nuovo diritto societario - oggi ampliato dalla Legge 28 dicembre 2005, n. 262 recante "*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*" (di seguito "Legge sul Risparmio") - per rilevare e sanzionare la dichiarazione di indipendenza dell'amministratore dichiarato tale e poi rivelatosi essere non indipendente (c.d. "falsa dichiarazione di indipendenza").

Nell'ambito di tale riflessione assume rilievo la nuova disciplina della impugnazione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di cui all'art. 2388 cod. civ. e all'art. 2391 cod. civ. (e all'art. 2391-bis cod. civ., relativamente alla disciplina delle operazioni con parti correlate delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, tra le quali gli emittenti quotati), che prevedono, come è no-

to, una più ampia sfera di impugnabilità rispetto al passato (che considerava solo l'ipotesi del conflitto di interessi), in relazione alla sussistenza delle seguenti possibili ipotesi:

- a) deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto (art. 2388, 4° comma, cod. civ.), che possono essere impugnate solo da amministratori assenti o dissenzienti e dal collegio sindacale;
- b) deliberazioni lesive dei diritti dei soci (art. 2388, 4° comma, cod. civ.), che possono essere impugnate da amministratori assenti o dissenzienti, dal collegio sindacale e anche dai soci;
- c) deliberazioni prese in conflitto di interesse (art. 2391, 3° comma, cod. civ.), ed in particolare: (i) delibera adottata dal consiglio di amministrazione non previamente informato dall'amministratore sull'esistenza di una situazione di conflitto o (ii) delibera adottata dal consiglio di amministrazione, pur previamente informato, senza motivazione sulle ragioni o sulla convenienza dell'operazione per la società o (iii) delibera adottata dal consiglio di amministrazione con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi (c.d. prova di resistenza). Sempre che, in ogni caso, nella deliberazione si faccia prevalere l'interesse estraneo in conflitto con quello della società e che la deliberazione sia idonea a recare danno alla società.

II - La normativa rilevante

Art. 2387

Requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza

[I].Lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati. Si applica in tal caso l'articolo 2382.

[II].Resta salvo quanto previsto da leggi speciali in relazione all'esercizio di particolari attività.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Art. 2388

Validità delle deliberazioni del consiglio

[I]. Per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione è necessaria la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti. Lo statuto può prevedere che la presenza alle riunioni del consiglio avvenga anche mediante mezzi di telecomunicazione.

[II]. Le deliberazioni del consiglio di amministrazione sono prese a maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto.

[III]. Il voto non può essere dato per rappresentanza.

[IV]. Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'articolo 2378. Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378.

[V]. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione delle deliberazioni.

Art. 2391

Interessi degli amministratori

[I]. L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile.

[II]. Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione.

[III].Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

[IV].L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione.

[V].L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

Art. 2391-bis

Operazioni con parti correlate

Gli organi di amministrazione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio adottano, secondo principi generali indicati dalla Consob, regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate e li rendono noti nella relazione sulla gestione; a tali fini possono farsi assistere da esperti indipendenti, in ragione della natura, del valore o delle caratteristiche dell'operazione. I principi di cui al primo comma si applicano alle operazioni realizzate direttamente o per il tramite di società controllate e disciplinano le operazioni stesse in termini di competenza decisionale, di motivazione e di documentazione. L'organo di controllo vigila sull'osservanza delle regole adottate ai sensi del primo comma e ne riferisce nella relazione all'assemblea.

Art. 147-ter Testo Unico di Intermediazione Finanziaria

Elezione e composizione del consiglio di amministrazione

[1]. Lo statuto prevede che i membri del consiglio di amministrazione siano elet-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

ti sulla base di liste di candidati e determina la quota minima di partecipazione richiesta per la presentazione di esse, in misura non superiore a un quarantesimo del capitale sociale.

[2]. Per le elezioni alle cariche sociali le votazioni devono sempre svolgersi con scrutinio segreto.

[3]. Salvo quanto previsto dall'articolo 2409-septiesdecies del codice civile, almeno uno dei membri del consiglio di amministrazione è espresso dalla lista di minoranza che abbia ottenuto il maggior numero di voti e non sia collegata in alcun modo, neppure indirettamente, con la lista risultata prima per numero di voti. Nelle società organizzate secondo il sistema monistico, il membro espresso dalla lista di minoranza deve essere in possesso dei requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza determinati ai sensi dell'articolo 148, commi 3 e 4. Il difetto dei requisiti determina la decadenza dalla carica.

[4]. In aggiunta a quanto disposto dal comma 3, qualora il consiglio di amministrazione sia composto da più di sette membri, almeno uno di essi deve possedere i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'articolo 148, comma 3, nonché, se lo statuto lo prevede, gli ulteriori requisiti previsti da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria. Il presente comma non si applica al consiglio di amministrazione delle società organizzate secondo il sistema monistico, per le quali rimane fermo il disposto dell'articolo 2409-septiesdecies, secondo comma, del codice civile.

Lo schema di decreto legislativo di attuazione della delega contenuta all'art. 43 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 prevede alcune modifiche all'art. 147-ter TUF, tra le quali: la presenza obbligatoria (per le società quotate) di 1 amministratore di minoranza e di 1 amministratore indipendente o di 2 amministratori indipendenti, qualora il consiglio di amministrazione fosse composto da più di 7 membri.

III – L’impugnazione della delibera consiliare

III.1 Deliberazioni prese non in conformità della legge o dello statuto

(a) L’indipendenza come requisito facoltativo o obbligatorio, a seconda dell’ambito di applicazione rilevante

L’**art. 2387 cod. civ.** (introdotto con la riforma del diritto societario), applicabile a tutte le **società anche non quotate, consente** l’introduzione, per via statutaria, di requisiti di eleggibilità diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti in via generale dall’art. 2382 cod. civ.: appunto i requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza. L’assenza di tali ulteriori requisiti, ove previsti statutariamente, determina la “*decadenza*” dall’ufficio, stante il rinvio dell’art. 2387 cod. civ. all’art. 2382 cod. civ.. Secondo la dottrina⁹, “*il nuovo art. 2387 costituisce una sollecitazione ad introdurre negli statuti il possesso di particolari requisiti per la nomina, al fine di migliorare il livello dei consigli di amministrazione, e al fine – altresì – attraverso il possibile riferimento ai modelli previsti da codici di comportamento – di pervenire ad una uniformizzazione di tali requisiti*”.

L’**art. 2409-septiesdecies cod. civ.**, applicabile a tutte le **società anche non quotate**, disciplina il consiglio di amministrazione nel **sistema monistico** ed **impone** la presenza di consiglieri indipendenti: “*almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall’art. 2399, primo comma (...)*”.

Il nuovo **art. 147-ter del TUF** (“*Elezione e composizione del consiglio di amministrazione*”), introdotto dalla L. n. 262/2005 sul Risparmio, applicabile alle **società quotate**, prevede l’introduzione e la disciplina dei seguenti istituti:

l’amministratore di minoranza (1° e 3° comma);

l’amministratore indipendente (4° comma).

⁹⁾ S. F. Bonelli, Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società, Giuffrè 2004, pag. 109.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Il 1° e il 3° comma disciplinano l'istituto dell'amministratore di minoranza.

In particolare si prevede, con riferimento al sistema tradizionale, che:

- lo statuto deve prevedere che i membri del consiglio di amministrazione siano eletti sulla base di liste di candidati, e deve determinare la quota minima di partecipazione richiesta per la presentazione di tali liste, la quale non può essere superiore al quarantesimo del capitale sociale; e
- almeno uno dei membri del consiglio di amministrazione deve essere espresso dalla lista di minoranza, che abbia ottenuto il maggior numero di voti e non sia collegata in alcun modo con la lista risultata prima per numero di voti.

Il 4° comma introduce l'istituto dell'amministratore indipendente, **imponendone** la presenza qualora il consiglio di amministrazione sia composto da più di sette membri.

In particolare si prevede, almeno per il modello tradizionale, che *"in aggiunta a quanto disposto dal comma 3"* e solo *"qualora il consiglio di amministrazione sia composto da più di sette membri almeno uno di essi deve possedere i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'art. 148, 3° comma, nonché, se lo statuto lo prevede, gli ulteriori requisiti previsti dai codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria"*.

La più chiara indicazione fornita dal legislatore, sia della riforma del diritto societario (per tutte le società anche non quotate, cfr. artt. 2387 e 2382 cod. civ.), sia della riforma del TUF (per le società quotate, cfr. nuovo art. 147-ter, 3° comma, TUF), rispetto alle conseguenze civilistiche che possono derivare dal difetto del requisito di indipendenza è quella della:

- decadenza del consigliere dalla carica (e qualora si tratti di società quotata con più di sette membri e laddove si interpreti la previsione della presenza obbligatoria di un amministratore indipendente come introduttiva di un formale requisito di composizione della compagine consiliare, si potrebbe spingersi ad argomentare che a decadere sia l'intero consiglio), e
- revoca del consigliere per giusta causa.

Allo stato attuale, le società quotate presso il mercato regolamentato da Borsa Italiana s.p.a. non prevedono per statuto l'obbligatorietà della presenza di un amministratore indipendente, mentre si limitano ad informare il mercato in merito alla presenza dell'amministratore indipendente nella relazione di *corporate governance* nella quale dichiarano l'adesione al Codice di Autodisciplina degli emittenti presso il mercato regolamentato gestito da Borsa Italiana s.p.a. del marzo 2006 (di seguito "Codice di Autodisciplina"). Ciò ad eccezione delle società di medie dimensioni quotate sul segmento STAR, l'ammissione al quale è condizionata alla presenza di un determinato numero minimo di amministratori indipendenti (1 amministratore indipendente per consigli di amministratori composti fino a 5 membri; 2 amministratori indipendenti per consigli fino a 11 membri; 3 amministratori indipendenti per consigli oltre a 11 membri).

Come è noto, il Codice di Autodisciplina contiene disposizioni di autoregolamentazione, la cui adozione è facoltativa e non obbligatoria da parte degli emittenti, sulla base, tuttavia, del principio "*comply or explain*": ossia, gli emittenti possono osservare le norme del Codice di Autodisciplina o non osservarle, ma in tal caso hanno l'obbligo sia di motivare la mancata osservanza sia di chiarire l'adozione di eventuali diversi strumenti e presidi al fine della piena trasparenza e comprensione, da parte del mercato, del modello di governo societario applicato dall'emittente.

A seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 262/2005 sul Risparmio, il nuovo art. 124-*bis* TUF prevede l'obbligo per gli emittenti di diffondere "*annualmente, nei termini e con le modalità stabiliti dalla CONSOB, informazioni sull'adesione a codici di comportamento promossi da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria degli operatori e sull'osservanza degli impegni a ciò conseguenti, motivando le ragioni dell'eventuale inadempimento*".

Entro il 12 gennaio 2007, dunque, ai sensi dell'art. 42 della Legge sul Risparmio si prevede che gli emittenti debbano adeguarsi alla presenza obbligatoria -per statuto (allorquando il consiglio di amministrazione sia composto da più di sette membri)- di un amministratore indipendente. Lo schema di decreto legislativo di attuazione della delega contenuta all'art. 43 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, se approvato, potrebbe comportare lo

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

slittamento del termine per l'adeguamento degli statuti dal 12 gennaio 2007 al 30 giugno 2007.

(b) L'impugnazione della delibera consiliare per assenza del requisito di indipendenza

La norma che prevede l'impugnabilità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione assunte "non in conformità della legge o dello statuto" (il cit. art. 2388 cod. civ.) si riferisce ad una nozione ampia, atta a comprendere qualunque irregolarità, relativa sia al procedimento di approvazione della delibera, sia al suo contenuto.

La citata disposizione potrebbe –in ipotesi– ritenersi applicabile anche al caso di assunzione di una deliberazione del consiglio di amministrazione che fosse stato irregolarmente composto: ciò nel senso che, ad esempio, ove fosse prevista per legge (cfr. art. 147-ter TUF, per le società quotate) o per statuto (cfr. in forza dell'adozione del sistema monistico o in forza del rinvio ai requisiti di cui all'art. 2387 cod. civ., anche per le società non quotate) la presenza obbligatoria di amministratori indipendenti, la deliberazione presa da un consiglio di amministrazione composto da un "falso amministratore indipendente" (per tale intendendosi l'amministratore dichiaratosi indipendente ma poi rivelatosi non essere tale) potrebbe forse ritenersi impugnabile. Ad esempio, è stata presa in considerazione dalla giurisprudenza l'impugnativa di delibera consiliare motivata da irregolare composizione del consiglio, perché in contrasto con lo statuto¹⁰.

E ciò va considerato sotto i seguenti profili:

a monte, sotto il profilo della irregolare composizione dell'organo di amministrazione, tanto che il "falso amministratore indipendente" risulterà, come sopra detto, anche ineleggibile e decaduto (ex art. 2382 cod. civ. al quale rinvia l'art. 2387 cod. civ.) ed anche potrebbe ritenersi decaduto o cessato l'intero consiglio (ex art. 147-ter, 3° comma, TUF) se, per ipotesi, lo statuto prevedesse una clausola "simul stabunt simul cadent", e a valle, sotto il profilo della incidenza sul quorum co-

¹⁰⁾ Cass. 11.3.1980, n. 1625, in Riv. Notarile, 1980, p. 911.

stitutivo e sul quorum deliberativo, nel caso in cui il voto del "falso amministratore indipendente" fosse stato "determinante" per l'assunzione della delibera consiliare: come è noto, al fine di verificare se un voto è "determinante" si opera attraverso la c.d. prova di resistenza, con la quale si verifica se la delibera consiliare sarebbe stata ugualmente assunta in assenza (in sede costitutiva o in sede deliberativa) di quello specifico amministratore (nella fattispecie, il c.d. "falso amministratore indipendente").

La delibera consiliare presa con sopravvenuta carenza del requisito di indipendenza dell'amministratore potrebbe dunque ritenersi suscettibile di invalidità. Ciò posto, sarebbe responsabile per violazione del dovere di diligenza l'amministratore che non ha tempestivamente dichiarato il venir meno del requisito di indipendenza. Ci si chiede al riguardo se non debbano essere considerati responsabili (per violazione del loro dovere di diligenza) anche gli altri amministratori che forse avrebbero dovuto vigilare – nei limiti del possibile, ossia delle notizie di pubblico dominio – a che gli amministratori indipendenti presenti e dichiaratisi tali in un consiglio, lo siano effettivamente e mantengano tale indipendenza per tutta la durata del loro mandato.

Un problema più delicato riguarda la possibilità di impugnare, ai sensi dell'art. 2388 cod. civ., le delibere consiliari assunte non in violazione di una norma di legge o statutaria, bensì di una disposizione contenuta nel c.d. "regolamento interno" del consiglio di amministrazione, relativo al suo funzionamento, che il consiglio avesse eventualmente adottato (tenuto conto che l'adozione di un regolamento interno non è obbligatoria per legge)¹¹.

Ad esempio, si consideri l'ipotesi di una società che abbia adottato un "regolamento degli amministratori indipendenti", il quale disciplini – *in primis* – le attribuzioni degli amministratori indipendenti nella valutazione di situazioni di potenziale conflitto di interesse, rispetto alle quali gli amministratori indipendenti sono chiamati ad esprimere pareri (ancorché di natura obbligatoria ma non vincolante) a presidio della correttezza dell'operazione.

⁹⁾ Cfr. M.Ventoruzzo, Amministratori- Artt.2380-2396, a cura di F.Ghezzi, pp.299-342 in Commentario alla riforma delle società, diretto da P.Marchetti, L.A.Bianchi, F.Ghezzi, M.Notari, Egea 2005.

In tal caso ci si chiede se possa ritenersi impugnabile la deliberazione del consiglio di amministrazione che avesse - per ipotesi - deliberato sull'operazione in conflitto di interessi senza il previo parere degli amministratori indipendenti. Qualora si ritenesse che tale "regolamento interno" dovesse essere considerato, nell'ambito di una più vasta visione del sistema di *corporate governance*, quale uno degli strumenti a presidio dei sistemi di controllo per una efficace ed efficiente amministrazione della società, la risposta dovrebbe essere positiva.

III.2 Deliberazioni lesive dei diritti dei soci

(a) *L'impugnazione della delibera consiliare*

(i) *Fattispecie*

L'art. 2388, 4° comma, cod. civ., prevede (ed è una novità rispetto alla disciplina ante riforma del diritto societario) il diritto dei soci di impugnare le deliberazioni "*lesive dei loro diritti*", "*con esclusione, quindi, dell'impugnativa di delibere che abbiano leso il generico interesse dei soci alla legalità delle deliberazioni, o abbiano leso di riflesso i diritti di tutti i soci*"¹².

A mero titolo esemplificativo si sono ipotizzate in dottrina¹³ le seguenti *fattispecie* che potrebbero far sorgere la legittimazione all'impugnazione in capo al socio: in caso di (i) negazione del diritto di recesso o (ii) scorretta applicazione dei criteri di valutazione delle azioni nei casi previsti dalla legge o dallo statuto o (iii) immotivata o scorretta esclusione del diritto di opzione nell'ambito di un aumento di capitale deliberato al consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 2443 cod. civ.. Ulteriore *fattispecie* è stata individuata nella "*delibera che, abbia comportato per*

¹²) CaF. Bonelli, Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società, Giuffrè 2004, pag. 120.

¹³) Autori vari, Diritto delle società (Manuale breve), Giuffrè, 2004, pag. 218.

il socio l'esclusione del diritto di opzione o di prelazione riconosciuti dall'art. 2441"¹⁴.

Il denominatore comune alle diverse fattispecie pare dunque essere la situazione del socio -pregiudicato da una deliberazione consiliare assunta in violazione delle regole di correttezza e legittimità della gestione della società- la cui tutela non può essere efficacemente demandata all'attività di un organo societario: si pensi ancora, *ad esempio*, al danno derivante ai soci (e verosimilmente anche alla società) che facevano affidamento sulla "appetibilità" e sul "prestigio" di una *corporate governance* di alto livello, danni che possono essere rilevantissimi se, per ipotesi, la società abbia perso la qualifica ufficiale di affidabilità di AAA, oppure il cui titolo abbia avuto una caduta di borsa per l'emergere della falsa indipendenza dei suoi amministratori (falsamente) indipendenti.

Altra *esemplificazione* potrebbe essere quella in cui l'amministratore indipendente abbia leso il diritto dei soci, violando il compito che ormai – quasi concordemente – la dottrina e la *best practice* attribuiscono all'amministratore indipendente, ossia la funzione di:

- (i) rappresentare "la soluzione più idonea per garantire la composizione degli interessi di tutti gli azionisti, sia di maggioranza, sia di minoranza", come espressamente previsto dal Codice di Autodisciplina¹⁵, di
- (ii) sorveglianza di possibili conflitti di interessi, quando il consiglio di amministrazione manifesti eccessiva fiducia nell'operato del comitato esecutivo o dell'amministratore delegato, come anche previsto dalla Raccomandazione CE 15 febbraio 2005 dove si prevede che "*Particolare importanza assume il loro [degli amministratori non esecutivi indipendenti] ruolo di vigilanza degli amministratori con incarichi esecutivi o con poteri di gestione e di risoluzione di situazioni che comportano conflitti di interessi*" (Considerando n. 3, confermato dal Considerando n. 9) e che gli amministratori indipendenti dovrebbero essere in "*numero sufficiente (...) in maniera da garantire che eventuali conflitti di interessi rilevanti (...) siano*

¹⁴⁾ B. Inzitari, in La responsabilità dell'amministratore indipendente nel nuovo diritto societario, L'Impresa, n. 1/2006.

¹⁵⁾ Codice di Autodisciplina, art. 3 (Amministratori indipendenti), Commento, penultimo comma.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

affrontati correttamente" (Art. 4); le aree passibili di conflitti di interessi sono solitamente individuate nelle seguenti: *"ensuring the integrity of financial and non-financial reporting, the review of related party transactions, nomination of board members and key executives, and board remuneration"*¹⁶.

Va rilevato che, in dottrina, sulla base della prassi societaria, con riguardo al contributo degli amministratori indipendenti, si è evidenziato che *"essi possono opporsi a operazioni non convenienti o in conflitto di interessi, possono verificare l'esistenza e il corretto funzionamento dei controlli interni e del sistema contabile, ma difficilmente possono – in caso di malfunzionamento di altri presidi di controllo (in primis i revisori contabili) – portare all'eliminazione delle truffe"*¹⁷. Autorevole dottrina¹⁸ ha posto espressamente la questione: *"ci si può domandare se la presenza amministratori indipendenti possa costituire uno strumento efficace contro eventuali abusi e illegittimità degli amministratori esecutivi. La risposta è probabilmente negativa (nel caso Enron 11 amministratori su 13 erano indipendenti, il che non ha impedito né prevenuto le illegittimità degli amministratori esecutivi e del management), ma questa critica non coglie nel segno, perché il compito degli amministratori indipendenti non è quello di scoprire o prevenire gli abusi (fine, questo, che è proprio dei sistemi di controllo); funzione degli amministratori indipendenti è invece quella di partecipare alle discussioni e deliberazioni del consiglio senza condizionamenti di sorta, e nell'esclusivo interesse della società e del complesso dei suoi azionisti"*.

Nel merito, si potrebbe (si dovrebbe) altresì ritenere impugnabile una deliberazione del consiglio di amministrazione che ha "accertato" la sussistenza del requisito di indipendenza in capo ad un amministratore, successivamente rivelatosi non essere tale. E ciò anche (e forse a maggior ragione) ove si consideri che l'accertamento del consiglio di amministrazione non comporta mai – di fatto - un giudizio sostanziale sul candidato e sul suo *curriculum vitae*, ma si limita a "riceve-

¹⁶ Cfr. OECD, Principles of corporate governance, Paris, 2004.

¹⁷ M. Belcredi, Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, e dintorni, in Rivista delle società 2005, fasc. 4°, pag. 857. Nello stesso senso si sono espressi F. Bonelli e G. Ferrarini, nel Convegno su "Le nuove disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", tenutosi a Milano in data 28 febbraio 2006.

¹⁸ F. Bonelli, Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società, Giuffrè 2004, pag. 113.

re" il documento di autocertificazione dell'amministratore che si dichiara indipendente: si tratta del c.d. *self-assessment* di indipendenza da parte del consigliere.

Al riguardo, in particolare, il Codice di Autodisciplina, in materia di "amministratori indipendenti" (art. 3) prevede:

- al Principio 3.P.2., che "*L'indipendenza degli amministratori è periodicamente valutata dal consiglio di amministrazione.*", e

- al Criterio Applicativo 3.C.4., che "*Dopo la nomina di un amministratore che si qualifica indipendente e successivamente almeno una volta all'anno, il consiglio di amministrazione valuta, sulla base delle informazioni fornite dall'interessato o comunque a disposizione dell'emittente, le relazioni che potrebbero essere o apparire tali da compromettere l'autonomia di giudizio di tale amministratore. Il consiglio di amministrazione rende noto l'esito delle proprie valutazioni, in occasione della nomina, mediante un comunicato diffuso al mercato e, successivamente, nell'ambito della relazione sul governo societario, specificando, con adeguata motivazione, se siano stati adottati criteri differenti da quelli indicati nei presenti criteri applicativi.*";

- al Criterio Applicativo 3.C.5., si prevede una corresponsabilità del collegio sindacale con il consiglio di amministrazione: "*Il collegio sindacale, nell'ambito dei compiti attribuitigli dalla legge, verifica la corretta applicazione dei criteri e delle procedure di accertamento adottati dal consiglio per valutare l'indipendenza dei propri membri. L'esito di tali controlli è reso noto al mercato nell'ambito della relazione annuale sul governo societario o della relazione dei sindaci all'assemblea.*";

- il Commento (6° comma, ultimo inciso) all'art. 3 chiarisce che "*(...) Tali procedure fanno riferimento alle informazioni fornite dai singoli interessati o comunque a disposizione dell'emittente, non essendo richiesta a quest'ultimo un'attività di indagine volta ad individuare eventuali relazioni rilevanti.*"

(ii) Procedimento: legittimazione attiva all'impugnazione

Il procedimento di impugnazione è quello disciplinato dall'art. 2377 cod. civ. e dall'art. 2378 cod. civ., che regolano l'impugnazione delle delibere assembleari, in quanto compatibile.

Sotto il profilo della legittimazione attiva all'impugnazione, il codice civile non chiarisce espressamente se con riguardo all'impugnazione della delibera consiliare da parte del socio trovi anche in questa sede applicazione la regola che richiede il possesso di una percentuale minima di capitale per la legittimazione all'azione (ai sensi dell'art. 2377, 3° comma, cod. civ. "*L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito*").

Si potrebbe infatti, per un verso, ritenere non applicabile tale limite alle delibere consiliari nelle quali – ovviamente – il socio non vota, anche perché sarebbe in contrasto con l'interpretazione giurisprudenziale ante riforma, secondo la quale i singoli soci sono legittimati ad impugnare le delibere consiliari che, violando un proprio diritto soggettivo, risultano *contra legem*.

Ove invece, per altro verso, si ritenesse che il suddetto limite (ossia il possesso di una percentuale minima di capitale per la legittimazione all'azione) fosse applicabile anche all'art. 2388 cod. civ., resterebbe comunque ai soci (che eventualmente non raggiungessero detta soglia di percentuale) il "*diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto*" (cfr. art. 2377, 4° comma, cod. civ.), di cui meglio infra.

(b) Il risarcimento dei danni

L'art. 2377, 4° comma, cod. civ., legittima i soci ad ottenere un rimedio non "reale" (l'invalidità della delibera consiliare) ma un rimedio "risarcitorio" nei confronti della società.

Tale rimedio potrebbe anche ritenersi cumulabile con l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ex art. 2395 cod. civ.: ad esempio, nel caso di approvazione e successiva pubblicazione, da parte degli amministratori, di un prospetto informativo non veritiero nell'ambito di un'offerta pubblica di sottoscrizione, che induca i soci a sottoscrivere strumenti finanziari di nuova emissione che si rivelino tuttavia un pessimo investimento il singolo socio che detenga una percentuale inferiore alla percentuale astrattamente indicata dalla legge, potrebbe richiedere il risarcimento dei danni agendo sia in forza all'art. 2395 cod. civ. nei confronti degli amministratori, sia in forza dell'art. 2388 cod. civ. nei confronti della società¹⁹.

Va peraltro rilevato che vi è anche dottrina che ritiene "la via del risarcimento (attraverso una azione sociale o anche individuale di responsabilità) (...) di meno immediata percorribilità: non è infatti dubbio che la dichiarazione mendace circa la propria (o altrui) qualità di indipendente costituisca un fatto ingiusto, meno agevole provare il danno che ne sia conseguito"²⁰.

III.3 Deliberazioni prese in conflitto di interessi

L'art. 2391, 3° comma, cod. civ. disciplina l'ipotesi delle deliberazioni prese in conflitto di interesse, trattando le seguenti differenti fattispecie: (i) delibera adottata dal consiglio di amministrazione non previamente informato dall'amministratore sull'esistenza di una situazione di conflitto o (ii) delibera adottata dal consi-

¹⁹⁾ Cfr. M.Ventoruzzo, Amministratori - Artt.2380-2396, a cura di F.Ghezzi, pp.299-342 in Commentario alla riforma delle società, diretto da P.Marchetti, L.A.Bianchi, F.Ghezzi, M.Notari, Egea 2005

²⁰⁾ Cfr. Mario Stella Richter jr, Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana, in Banca Impresa Società, 2005, n. 2, pag. 170.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

glio di amministrazione, pur previamente informato, senza motivazione sulle ragioni o sulla convenienza dell'operazione per la società o (iii) delibera adottata dal consiglio di amministrazione con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi (c.d. prova di resistenza). Sempre che, in ogni caso, nella deliberazione si faccia prevalere l'interesse estraneo in conflitto con quello della società e che la deliberazione sia idonea a recare danno alla società.

In particolare, la nuova norma (intitolata post riforma "*Interessi degli amministratori*" e non più "*Conflitto di interessi*"):

- impone all'amministratore di dare comunicazione agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni operazione nella quale egli sia, per conto proprio o di terzi, portatore di "*un interesse*", precisando "*la natura, i termini, l'origine e la portata*" di tale interesse: con ciò il legislatore della riforma ha voluto tutelare la trasparenza, sostituendo un sistema di divieti (cfr. la previgente disciplina) con un sistema di informativa obbligatoria e di decisione informata; l'"*interesse*" rilevante non è più, quindi, solo l'interesse "*in conflitto*" con quello della società (come sotto il previgente art. 2391 cod. civ.), ma è un qualsiasi interesse anche coincidente, o compatibile, con quello della società, e
- prevede che, a fronte dei nuovi obblighi di informativa obbligatoria, l'amministratore "interessato" possa partecipare alla riunione consiliare, alla discussione e anche alla votazione; e
- dispone che la delibera con cui si approva un'operazione in cui vi è "*un interesse*" di un amministratore "interessato" debba "adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione"; e
- impone l'obbligo di astensione "dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale" solo a carico dell'amministratore delegato che abbia "*un interesse*", non necessariamente in conflitto con quello della società: la *ratio* di tale disposizione risiede nel fatto che l'amministratore delegato ricopre cariche con contenuto decisionale tali da poter concretamente influire sull'attività sociale²¹: è stato invece eliminato, rispetto al diritto societario ante-riforma, l'obbligo dell'amministratore di astenersi dal votare nelle deliberazioni in cui fosse stato in conflitto di interessi.

²¹) Relazione al D. Lgs. N. 6/2003 di "Riforma del diritto societario", sub 6, III, 3: "Il maggior rigore di questa disciplina vuole sottolineare, non solo che qualsiasi amministratore, es-

- La nuova formulazione normativa, imponendo all'amministratore di comunicare ogni proprio interesse nelle operazioni della società, gli sottrae qualsiasi valutazione circa la rilevanza di tale interesse.

Secondo la dottrina prevalente infatti "*l'interesse particolare dell'amministratore ... viene in considerazione ... [anche] quando sia neutro o addirittura conforme all'interesse della società*"²². Dunque "*si è esteso l'obbligo informativo anche ai casi in cui l'interesse dell'amministratore ad una determinata operazione coincida o sia convergente con l'interesse sociale*"²³.

Secondo altra parte della dottrina per "*interesse dell'amministratore*" deve intendersi l'ipotesi in cui "*vi sia un ragionevole motivo di ritenere che l'amministratore, nelle concrete circostanze del caso, si rappresenti di ricavare dal compimento (o dall'omissione) dell'operazione un'utilità quantitativamente e qualitativamente rilevante*"²⁴.

Il nuovo diritto societario post riforma (art. 2392 cod. civ. e art. 2381 cod. civ.) impone a tutti gli amministratori l'obbligo generale di perseguire l'interesse sociale senza conflitti di interessi (oltre all'obbligo generale di amministrare con diligenza), prevedendo in caso di violazione di tale obbligo una loro responsabilità e il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2392 cod. civ.

E' difficile determinare a priori ed in via generale ed astratta in quali casi un'operazione può considerarsi in conflitto con l'interesse sociale. Tuttavia, in dottrina²⁵, si è fatto riferimento alle seguenti esemplificazioni:

sendo un gestore di un patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguire diretti o indiretti vantaggi, ma, soprattutto, il valore della trasparenza... nella dottrina prevalente e nella giurisprudenza era da tempo consolidata l'applicazione della disciplina generale dell'articolo 1394 in tema di conflitti di interessi del rappresentante nell'ipotesi in cui l'attività dell'amministratore non sia preceduta da una deliberazione collegiale, come può avvenire in caso di amministratore unico o di amministratore delegato con poteri di rappresentanza."

²²) M. Ventoruzzo, "Amministratori" in Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti, Bianchi, Grezzi, Notari, Milano, 2005, pag. 440. V. anche C. Macrì, "Interessi degli amministratori" in Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 135.

²³) F. Bonelli, Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società, Giuffrè, 2004, pag. 147.

²⁴) L. Enriques; A. Pomelli, "Interessi degli amministratori" in Il Nuovo Diritto delle Società – Commentario sistematico al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D.Lgs. 28 dicembre 2004 n. 310, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, pag. 759 e segg.

²⁵) F. Bonelli, Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società, Giuffrè, 2004, pag. 154 e 155.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

(i) i prelevamenti indebiti ed i pagamenti di somme non dovute; (ii) le operazioni concluse con corrispettivi incongrui perché l'amministratore ha conseguito una tangente o altri vantaggi; (iii) le operazioni vantaggiose che l'amministratore sfrutti in proprio; (iv) le operazioni societarie infra-gruppo compiute a favore della controllante o di altre società del gruppo con danno della società amministrata; etc.

Abbiamo sopra già visto quale è il ruolo di salvaguardia che la Raccomandazione CE del 15 febbraio 2005 ed il Codice di Autodisciplina attribuiscono agli amministratori indipendenti ed ai comitati interni per la composizione dei conflitti di interessi.

Ancora, in merito ai presidi per il controllo e la gestione delle operazioni in conflitto di interesse e/o con parti correlate, il Codice di Autodisciplina, nella parte dedicata agli *"Interessi degli amministratori e operazioni con parti correlate"*²⁶ (art. 9), dispone:

- al Principio 9.P.1 che *"Il consiglio di amministrazione adotta misure volte ad assicurare che le operazioni nelle quali un amministratore sia portatore di un interesse, per conto proprio o di terzi, e quelle poste in essere con parti correlate vengano compiute in modo trasparente e rispettando criteri di correttezza sostanziale e procedurale"*, e

²⁶ Per le operazioni con "parti correlate" cfr. art. 2391-bis cod. civ. e per la definizione di "parte correlata" cfr. anche il Principio Contabile Internazionale n. 24:

"Una parte è correlata a un'entità se:

- a) direttamente o indirettamente, attraverso uno o più intermediari, la parte: (i) controlla l'entità, ne è controllata, oppure è soggetta al controllo congiunto (ivi incluse le entità controllanti, le controllate e le consociate); (ii) controlla congiuntamente l'entità;
- b) la parte è una società collegata (cfr. la definizione dello IAS 28 Partecipazioni in società collegate) dell'entità;
- c) la parte è una joint venture in cui l'entità è una partecipante (cfr. IAS 31 Partecipazioni in joint venture);
- d) la parte è uno dei dirigenti con responsabilità strategiche dell'entità o la sua controllante;
- e) la parte è uno stretto familiare di uno dei soggetti di cui ai punti (a) o (d);
- f) la parte è un'entità controllata, controllata congiuntamente o soggetta ad influenza notevole da uno dei soggetti di cui ai punti (d) o (e), ovvero tali soggetti detengono, direttamente o indirettamente, una quota significativa di diritti di voto; o
- g) la parte è un fondo pensionistico per i dipendenti dell'entità, o di una qualsiasi altra entità ad essa correlata.

Un'operazione con una parte correlata è un trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni fra parti correlate, indipendentemente dal fatto che sia stato pattuito un corrispettivo.

Si considerano familiari stretti di un soggetto quei familiari che ci si attende possano influenzare, o essere influenzati, dal soggetto interessato nei loro rapporti con l'entità. Essi possono includere: (a) il convivente e i figli del soggetto; (b) i figli del convivente; e (c) le persone a carico del soggetto o convivente".

- al Criterio applicativo 9.C.1 che "Il consiglio di amministrazione, sentito il comitato per il controllo interno, stabilisce le modalità di approvazione e di esecuzione delle operazioni poste in essere dall'emittente, o dalle sue controllate, con parti correlate. Definisce, in particolare, le specifiche operazioni (ovvero determina i criteri per individuare le operazioni) che debbono essere approvate previo parere dello stesso comitato per il controllo interno e/o con l'assistenza di esperti indipendenti", e
- al Commento, 3° comma, si raccomanda "che il consiglio di amministrazione si avvalga del supporto del comitato per il controllo interno nel definire le modalità di approvazione e di esecuzione delle predette operazioni. La prassi, sul punto, ha individuato diverse tecniche che possono essere utilizzate, anche cumulativamente, per assicurare la correttezza sostanziale e procedurale di tali operazioni; si segnalano, a titolo indicativo: la riserva alla competenza del consiglio dell'approvazione delle operazioni di maggiore rilievo, la previsione di un parere preventivo del comitato per il controllo interno, l'affidamento delle trattative ad uno o più amministratori indipendenti (o comunque privi di legami con la parte correlata), il ricorso ad esperti indipendenti (eventualmente selezionati da amministratori indipendenti). natura ed estensione delle relazioni esistenti con le controparti.", e
- al Commento, ultimo comma, si raccomanda che "Sempre in tema di gestione delle operazioni regolate dall'art. 2391 cod. civ., si rileva che nella prassi non sono rari i casi in cui l'amministratore interessato - pur in mancanza di un vincolo di legge in tal senso - è chiamato ad astenersi dal voto o ad allontanarsi dalla riunione al momento della discussione e della deliberazione. Questa soluzione può contribuire ad evitare o ridurre il rischio di alterazione della corretta formazione della volontà dell'organo di gestione. Peraltro non mancano ipotesi nelle quali tale rischio non appare rilevante e, al contrario, la stessa partecipazione alla discussione e il voto dell'amministratore in questione risultano auspicabili, in quanto elementi di responsabilizzazione in merito a operazioni che proprio l'interessato potrebbe conoscere meglio degli altri membri del consiglio. In tale prospettiva, la indicata prassi che contemplasse l'obbligo di astensione potrebbe altresì attribuire allo stesso consiglio, alla luce delle specifiche circostanze del caso, la facoltà di disporre diversamente e così di consen-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

tire la partecipazione dell'amministratore interessato alla discussione e al voto".

Ai sensi dell'art. 2391, 3° comma, nel caso di inosservanza dei descritti doveri di informazione e motivazione ovvero "nel caso di *deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato*", le deliberazioni medesime "qualora possano recare danno alla società" possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale.

Sotto il profilo risarcitorio, è previsto a carico dell'amministratore l'obbligo di risarcimento del danno derivante alla società "dalla sua azione od omissione" (art. 2391, 4° comma, cod. civ.) rispetto agli adempimenti previsti nella norma in esame, ed altresì nel caso di sfruttamento delle c.d. "corporate opportunities" ossia qualora un amministratore abbia utilizzato a vantaggio proprio o di terzi, o abbia comunicato a terzi "dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico" (art. 2391, 5° comma, cod. civ.).

(4)**Bruno Inzitari****La responsabilità dell'amministratore
indipendente nei confronti della società
e dei creditori sociali****Nuovi profili del criterio di diligenza e del
principio della solidarietà**

1. I problemi della responsabilità dell'amministratore indipendente appartengono al più ampio capitolo della definizione del processo di attribuzione della responsabilità conseguente alla *gestione dell'impresa* (e non più *gestione della società* come si diceva nella precedente formulazione dell'art. 2380), realizzata attraverso una forma di amministrazione pluripersonale in forma collegiale.

La responsabilità addossata agli amministratore è, come è noto, responsabilità contrattuale che consegue all'inadempimento degli obblighi previsti dalla legge e dallo statuto. La valutazione dell'inadempimento e della sua rilevanza (anche al fine di stimarne la gravità o all'opposto la scusabilità), dipendono pertanto dalla valutazione del contenuto degli obblighi che ricadono sull'amministratore indipendente.

Va, infatti, subito osservato che nel rinnovato sistema dalla riforma societaria, non si rinviene alcun principio da cui dedurre che la qualità di amministratore indipendente possa comportare una esenzione o limitazione della responsabilità rispetto a quella che incombe dagli altri amministratori.

Ciò che deve essere piuttosto preso in considerazione è la peculiare posizione dell'amministratore indipendente nell'ambito del consiglio d'amministrazione. Infatti, sulla base di questa considerazione complessiva, possono essere presi in considerazione gli elementi di comportamento sui quali poter adeguatamen-

te fondare le valutazioni relative all'applicazione della generale regola della responsabilità nei suoi confronti e, come vedremo, soprattutto all'applicazione della regola della solidarietà, rispetto alla prestazione risarcitoria richiesta agli amministratori in caso di esercizio dell'azione di responsabilità.

2. Con riguardo al comportamento, il primo requisito della condotta risiede nella indipendenza intesa come libertà da condizionamenti interni ed esterni alla società. È in sostanza questo l'elemento che nelle diverse sedi nazionali ed internazionale ha indotto a raccomandare l'ingresso nei consigli d'amministrazione degli amministratori indipendenti.

Nel nostro ordinamento il nuovo art. 2387 c.c. ha individuato nell'indipendenza un requisito che, al pari di altri specifici requisiti di onorabilità e professionalità, possono essere previsti dallo statuto sociale quali requisiti di eleggibilità ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge.

L'importanza di questo nuovo articolo non risiede soltanto nella definitiva eliminazione di ogni residuo dubbio sulla possibilità di introdurre in via statutaria requisiti di eleggibilità diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, ma anche particolarmente, per quel che ci riguarda, nella chiara volontà di promuovere e sollecitare l'adozione di un sistema di *governance* contrassegnata da un livello di professionalità e di indipendenza, più elevato rispetto a quello che solitamente viene espresso da amministratori che sono espressione diretta o indiretta dei soci di comando.

L'inserzione di tali requisiti negli statuti delle società dovrebbe conseguentemente comportare un positivo apprezzamento da parte degli operatori e del mercato, i quali sarebbero così indotti a privilegiare nei loro rapporti, le società caratterizzate dalla presenza nella compagine amministrativa di soggetti dotati di particolare professionalità ed indipendenza.

La previsione da parte dell'art. 2387 c.c. della qualità dell'indipendenza quale possibile requisito di eleggibilità alla carica di amministratore, al pari di quello della onorabilità e professionalità, ha inevitabilmente contribuito per l'amministratore indipendente a costruire un modello professionale comportamentale dal contenuto diverso e certamente più elevato rispetto a quello del normale amministratore.

In particolare mi appare rilevante la stretta prossimità lessicale della qua-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

lità dell'indipendenza con quella della onorabilità e della professionalità, che viene percepita dall'interprete come una stretta contiguità concettuale e di contenuti tutto sommato circolari e comuni. L'amministratore che si professa indipendente potrà affermare la propria indipendenza, solo se è dotato di una sufficiente formazione ed esperienza professionale. Infatti nella sua azione non potrà certo fare affidamento sulla posizione di forza che può derivare dall'essere espressione di uno specifico centro di potere, come accade per gli amministratori che sono espressione dei soci di comando, ecc., ma potrà contare solamente sulla sua capacità tecnica di controllare, domandare, acquisire informazioni, fare rilievi, all'occorrenza esercitare tutti i poteri di verbalizzazione e denuncia.

Da questo deriva che nei confronti di coloro che sono stati prescelti e nominati amministratori in virtù della loro qualità di indipendenza, la società, i soci e, come vedremo, i creditori sociali rivolgono una ragionevole e giustificata aspettativa di un tenore di professionalità e di preparazione, certamente più elevato di quello che normalmente sarebbe sufficiente per la nomina di un comune amministratore. Infatti, quest'ultimo basa la sua legittimazione sulla fiducia assegnatagli dal socio di comando della società stessa e l'indipendente sulla sua professionalità e appunto indipendenza.

Ne consegue che, allorquando si dovrà valutare la attribuzione della responsabilità all'amministratore indipendente, il parametro di riferimento per valutare il livello di condotta esigibile sul piano della diligenza e della perizia tecnica e della capacità, non potrà certamente risultare inferiore alla media, né tantomeno trovare facili esenzioni ed esoneri che facciano leva sulla non sufficiente preparazione o esperienza professionale dell'amministratore indipendente, perché, al contrario, costituisce un fatto di comune esperienza che l'efficacia della partecipazione ad un organo collegiale di colui che è effettivamente indipendente, può sorreggersi solo su un adeguato livello di preparazione e professionalità.

3. La disciplina (introdotta in seguito alla riforma societaria), degli amministratori e della relativa responsabilità presenta, come è noto, numerosi profili di novità, che hanno ampiamente ridisegnato il contenuto dei doveri degli amministratori e conseguentemente, ritengo anche dei presupposti di attribuzione della responsabilità.

Il ruolo e la collocazione degli amministratori nell'ambito dei poteri e a gestire la società è profondamente modificato. La competenza dell'assemblea non

può abbracciare la gestione, la quale, come risulta dall'art. 2380 *bis*, spetta esclusivamente agli amministratori, i quali sono in ogni caso responsabili degli atti compiuti, anche se essi fossero stati realizzati sulla base di una autorizzazione dell'assemblea pur consentita dallo statuto, secondo quanto previsto dall'art. 2364 c.c..

È escluso, quindi, che gli amministratori possano essere considerati, come talora accadeva in passato, mandatari dei soci, deputati a dare esecuzione alle decisioni prese dai soci stessi. Anche tenendo conto di queste importanti modificazioni di prospettiva e sistematiche, l'amministratore indipendente si muove, pertanto, in un collegio cui spetta in via del tutto esclusiva la competenza in materia gestionale. Anche per effetto di questa definitiva attribuzione della competenza generale ed esclusiva in materia gestionale agli amministratori, il contenuto dei relativi doveri ha subito non marginali modificazioni che, proprio in relazione alla posizione ed alle caratteristiche dell'amministratore indipendente e dei compiti che su di esso ricadono, offrono non pochi elementi per valutarne i contorni di responsabilità.

La generale obbligazione di diligenza che costituisce, come è noto, lo strumento per misurare se il debitore ed in questo caso l'amministratore ha eseguito o meno il comportamento cui era obbligato, si è dimostrato anche in questa circostanza uno strumento duttile ed efficiente ed è stato opportunamente adeguato ai rinnovati compiti tecnico professionali degli amministratori.

Al precedente riferimento, originariamente contenuto nel codice civile, alla *diligenza del mandatario* (omogenea ad una concezione degli amministratori quali mandatori dei soci), è stata sostituita *la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*. Si tratta di criteri che danno alla regola della diligenza una ben più specifica concretizzazione ed aderenza con la natura professionale dell'incarico di amministrare. Per l'amministratore indipendente questo sta a significare che la diligenza che gli viene richiesta deve essere contemporaneamente riferita alle peculiari esigenze connesse alla gestione della società, vale a dire lo specifico contenuto dell'attività economica svolta dalla società secondo la dimensione e complessità della sua articolazione organizzativa, ma anche agli specifici limiti che contraddistinguono l'attività dell'amministratore indipendente. Per questi, considerato che il compito dell'amministratore rimane comunque al di fuori dell'attività delegata, dovrà escludersi l'obbligo di osservare quel particolare grado di diligenza richiesta all'amministratore che operi sulla base di deleghe di gestione.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Quanto all'altro elemento richiesto dall'art 2392 c.c. nel definire la diligenza richiesta, quello relativo alle *specifiche competenze dell'amministratore*, va considerato che si tratta di un parametro inerente le specifiche qualità soggettive dell'amministratore e che, pertanto, pone quale criterio di riferimento per la valutazione della diligenza richiesta e quindi per la verifica di quella concretamente osservata dall'amministratore, lo specifico livello di professionalità che è propria dello stesso amministratore.

La diligenza richiesta è in questo caso quella che ragionevolmente ci si poteva attendere sulla base delle specifiche qualità professionali dell'amministratore, tanto più quando il conferimento dell'incarico di amministratore è stata basata o motivata sulla base dell'apprezzamento di tali qualità professionali ai fini del conferimento e dell'espletamento.

È questo un profilo particolarmente importante per valutare il comportamento dell'amministratore indipendente, in quanto allorquando la condotta concretamente seguita dall'amministratore indipendente si allontani da quella che, sulla base della sua preparazione professionale poteva ragionevolmente attendersi, sarà possibile dedurre l'inadempimento e conseguentemente la responsabilità dell'amministratore. Questo appare rivestire una significativa rilevanza nella valutazione del comportamento e della responsabilità dell'amministratore indipendente, considerato che è proprio la valutazione della sua professionalità ed esperienza l'elemento che, accanto alla valutazione di indipendenza, costituisce il presupposto per la elezione a componente del consiglio d'amministrazione.

In altre parole l'apprezzamento del candidato alla carica di amministratore indipendente, in concreto non può certo avvenire solo attraverso la presa d'atto della sua dichiarazione di indipendenza. Infatti tale indipendenza deve essere intesa quale presupposto funzionale ad una attività di amministrazione ove l'indipendente per le sue caratteristiche professionali, è in grado di poter adeguatamente intervenire e prendere le opportune iniziative in relazione alle iniziative ed al comportamento degli altri amministratori. Un atteggiamento dell'amministratore indipendente contrassegnato da mancate iniziative ed omissioni in campi in cui per la sua professionalità, come pure per la sua indipendenza, avrebbero dovuto essere attivo, è suscettibile di essere ricostruito come grave violazione dell'obbligo di diligenza ed espone l'amministratore indipendente alla conseguente responsabilità.

4. Quest'ultima del tutto nuova curvatura di carattere così squisitamente soggettivistico della diligenza dell'amministratore è quella che maggiormente finisce per caratterizzare la responsabilità dell'amministratore indipendente. La prestazione che ci si attende, infatti, dall'amministratore indipendente è tutt'altro che generica ed è piuttosto contraddistinta da uno specifico livello di competenza, come pure da un comportamento scevro da condizionamenti che possano compromettere la libertà della condotta dell'amministratore indipendente.

Si tratta di doveri specifici strettamente connessi alle qualità personali e che, in un contesto contrassegnato dall'elevato tenore tecnico delle prestazioni dell'amministratore, si manifesta per lo più quale mancata realizzazione del comportamento che avremmo potuto attenderci da un amministratore indipendente sufficientemente competente in fatto di amministrazione della società.

In particolare la professionalità dell'amministratore indipendente si manifesta proprio in questa particolare qualità soggettiva, che rientra nel generale parametro delle *specifiche competenze* e delle *funzioni attribuite*. L'indipendenza è sostenuta infatti dalle capacità professionali, le quali piuttosto che essere fini a se stesse o comunque costituire un di più della personalità dell'amministratore, sono direttamente strumentali a consentire l'esercizio della indipendenza da parte dell'amministratore, in quanto, in concreto, è solo nel momento in cui l'amministratore indipendente reagisce o prende specifiche iniziative (che presuppongono necessariamente una specifica competenza tecnica), che si realizza concretamente il comportamento indipendente dell'amministratore. Quando, al contrario, omette di mettere a frutto nell'esercizio dell'attività di amministrazione le proprie competenze e capacità professionali, l'amministratore indipendente tradisce la prima delle qualità professionali per le quali era stato eletto nel consiglio, vale a dire la indipendenza, con conseguente inadempimento della prestazione di bene amministrare e conseguente responsabilità.

5. Nel sistema della nuova disciplina, alla concretizzazione del criterio della diligenza fa riscontro uno sforzo di concretizzazione altrettanto significativo nella definizione degli obblighi degli amministratori.

Nel determinare i compiti ed i rapporti tra i diversi organi dell'amministrazione, l'art. 2381 c.c. impone agli amministratori di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile della società, di esaminare i piani strategi-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

ci, industriali e finanziari quando elaborati, ed in ogni caso di valutare il generale andamento della gestione.

Quanto alle modalità con cui l'amministratore deve svolgere il proprio compito l'art. 2381 c.c. impone l'obbligo di agire informati, con lo specifico onere di chiedere agli organi delegati che vengano fornite informazioni relative alla gestione della società.

Per l'amministratore indipendente questo comporta un costante obbligo di attivarsi, non solo per acquisire le informazioni necessarie per poter assolvere a tali compiti peraltro non privi di una loro intrinseca complessità, ma anche di verificare che gli organi delegati assolvano effettivamente agli obblighi informativi con la continuità e frequenza necessarie per mettere tutti gli amministratori nelle condizioni di svolgere le diverse verifiche e controlli accennati.

L'interesse che spetta all'amministratore indipendente di realizzare non è quindi solo quello proprio all'acquisizione di informazioni e dati necessari per svolgere adeguatamente il proprio compito, ma anche quello più ampio, affinché tutti gli amministratori siano messi nella condizione di accedere a questi elementi di valutazione secondo un sistema efficiente e continuo. L'inadeguatezza del sistema informativo e la inefficienza del flusso dei dati da controllare e verificare, rende impossibile particolarmente all'amministratore indipendente lo svolgimento del suo compito di amministratore, in quanto, per definizione, proprio per la sua indipendenza, né può acquisire informazioni in via fiduciaria dal gruppo di comando né, sempre per la sua indipendenza, può limitare la propria azione lasciando che gli amministratori, che sono espressione del gruppo di comando, gestiscano unilateralmente e senza controlli la società.

Considerati, inoltre, i rinnovati compiti di valutazione dell'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile della società, come pure il compito di prendere in esame (se elaborati), i piani strategici, industriali e finanziari della società e di valutare il generale andamento della gestione sulla base della relazione degli organi delegati, l'obbligo dell'amministratore indipendente si manifesta indirizzato non solo alla acquisizione delle informazioni necessarie per lo svolgimento di tali compiti, ma anche (e prima ancora), alla verifica che effettivamente al consiglio d'amministrazione pervengano tali informazioni in modo adeguato (vale a dire con il dettaglio sufficiente e con continuità e per tempo), e questo affinché il consiglio stesso svolga effettivamente le valutazioni e le analisi richieste, in quanto, in caso contrario l'indipendente non potrà certo restare passivo ma dovrà far emergere il proprio dissenso, censure e richieste.

Si tratta pertanto complessivamente di un sistema di amministrazione che privilegia prioritariamente ed addirittura si fonda sull'informazione e la trasparenza che vengono assunti a presupposti per il compimento delle scelte decisionali del consiglio. L'adempimento, pertanto, dell'obbligazione di amministrare si realizza per gli amministratori che, come gli indipendenti, non sono tenuti a compiti direttamente operativi, attraverso l'assunzione di tali informazioni e quindi la successiva analisi e valutazione collegiale. Ne discende di conseguenza che, anche in questo caso, sarà compito degli indipendenti attivarsi e far sì che tali compiti vengano effettivamente svolti con le modalità informative prescritte dalla legge, in quanto non solo in caso di azione di responsabilità la mancata informazione non potrà costituire una esimente ma al contrario costituirà una conferma della inadeguatezza del comportamento dell'amministratore che è venuto meno nel suo compito di agire informato.

6. Accanto alla generale responsabilità sancita dall'art. 2392 c.c., va altresì considerata quella speciale prevista dall'art. 2391 c.c. per i danni derivanti alla società dal comportamento omissivo o commissivo degli amministratori per le decisioni prese in contrasto con gli interessi della società o comunque senza prendere in considerazione gli interessi che gli amministratori avevano nella delibera.

È noto che con la profonda riformulazione dell'art. 2391 c.c., la riforma societaria ha sostituito alla regolazione del conflitto d'interessi (che comportava per l'amministratore in conflitto i due obblighi di darne notizia agli altri amministratori e di astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa), una complessiva disciplina degli *interessi degli amministratori*, che si basa sul dovere di questi di darne esaustiva notizia nel consiglio. La nuova previsione è indirizzata a realizzare l'obiettivo della trasparenza attraverso la estensione, quantitativa e qualitativa dell'obbligo di informazione circa ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, l'amministratore abbia in una determinata operazione.

Si tratta di una estensione quantitativa perché riguarda *ogni interesse* e non solo quello che, come avveniva in passato, l'amministratore riteneva essere in conflitto. Sull'amministratore non ricade più pertanto un onere di autovalutare se effettivamente il proprio interesse è o meno in conflitto bensì un amplissimo obbligo di trasparenza, facendo emergere appunto ogni interesse che possa accompagnare l'adozione di una determinata decisione da parte della società.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Si tratta altresì di una estensione qualitativa perché l'amministratore deve precisare la natura, i termini, l'origine e la portata dell'interesse, al fine di consentire al consiglio d'amministrazione ed al comitato esecutivo di valutarlo adeguatamente.

L'intera disciplina è, dunque, ora rivolta a far emergere gli interessi degli amministratori che possono accompagnare la adozione delle diverse delibere allo specifico fine di consentire all'organo amministrativo di valutare, in presenza di tali interessi, le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione in questione.

Proprio con riguardo agli interessi, l'indipendenza che caratterizza la posizione dell'amministratore indipendente costituisce l'elemento di maggiore sensibilità ed attenzione nell'accogliere nell'ambito delle operazioni intraprese, la presenza di interessi non dichiarati o non sufficientemente precisati in tutta la loro estensione qualitativa e quantitativa.

Non troverebbe giustificazione il comportamento di quegli indipendenti che pur potendo percepire la presenza di interessi, sottesi al comportamento degli altri amministratori, omettessero di denunciare la violazione in quanto con il loro comportamento concorrerebbero all'adozione di una delibera oltre che viziosa, potenzialmente pregiudizievole per la società. Se infatti incombe su ogni amministratore l'onere di far emergere e valutare gli interessi che possono accompagnare le diverse scelte e decisioni societarie, questo obbligo appare ancor più ineludibile per coloro che tra gli amministratori hanno fatto professione di indipendenza. Infatti, il venire meno a questo dovere comporta sostanzialmente un forte appannamento del requisito sul quale era stata fondata la loro ammissione nel consiglio.

L'emergere degli interessi degli amministratori e la condivisione da parte del consiglio dei vari profili che questi interessi possono avere rispetto a quelli della società, non dipende infatti soltanto dal grado di osservanza che individualmente i diversi amministratori riterranno di applicare in seno alla società ma soprattutto dal clima di trasparenza e di vigilanza che in particolare, proprio componenti come gli amministratori indipendenti, saranno in grado di instaurare negli organi amministrativi di cui fanno parte.

7. Nella definizione della responsabilità dell'amministratore indipendente,

i nuovi criteri introdotti dall'art. 2392 c.c., che riferisce la diligenza alla natura dell'incarico ed alle specifiche competenze dell'amministratore, indubbiamente rendono più concreto il livello di diligenza esigibile. Per l'amministratore indipendente il primo criterio della *natura dell'incarico* comporta, al pari che per ogni altro amministratore, un riferimento alle dimensioni dell'impresa sociale, alla sua articolazione organizzativa, al settore in cui si sviluppa l'attività economica, alla struttura del suo azionariato, con conseguente inevitabile proporzionalità tra la complessità e le dimensioni dell'impresa amministrata ed il grado di diligenza che viene richiesto all'amministratore indipendente. Il secondo criterio delle *specifiche competenze* appare suscettibile di un maggior rilievo per la valutazione della responsabilità dell'amministratore indipendente, in quanto si tratta di un parametro che tiene conto del livello di professionalità dell'amministratore e conseguentemente ricostruisce il livello di diligenza esigibile sulla base delle caratteristiche professionali e sulle qualità tecnico manageriali dell'amministratore stesso. Dall'indipendente sarà possibile, pertanto, attendersi non soltanto un comportamento adeguato, libero da qualsivoglia condizionamento, ma anche un comportamento conforme alle qualità professionali e di esperienza professionale che lo contraddistinguono e che soprattutto sono state da lui stesso dichiarate nella stesura di *curricula* o di altra informativa al momento dell'assunzione della carica: non soltanto, quindi, il titolo di studio e la specifica qualifica professionale ma anche l'esperienza connessa al fatto di avere ricoperto in passato il ruolo di amministratore in altre società e di dimostrare una capacità ed una esperienza che ragionevolmente ci si attende anche nei successivi analoghi incarichi.

8. Allo sforzo di maggiore concretizzazione della diligenza richiesta agli amministratori, attraverso il riferimento alla *natura dell'incarico* ed alle *specifiche competenze*, ha fatto seguito una più articolata determinazione della misura della responsabilità attribuibile alle diverse figure di amministratore. Infatti lo stesso art. 2392 c.c. dopo aver definito le modalità di adempimento dell'obbligazione da amministrare, definisce anche per l'obbligazione risarcitoria il regime di solidarietà degli amministratori, introducendo però un'importante innovazione. L'art. 2392 c.c., primo comma, ribadisce infatti la regola della natura solidale dell'obbligazione risarcitoria dei diversi amministratori, ma precisa *a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*. La graduazione di responsabilità avviene, pertanto, in primo luogo sulla base della considerazione del maggior grado di responsabilità che incombe sul comitato esecutivo per le sue specifiche attribuzioni, responsabilità che quindi non dovrebbe ragionevolmente comunicarsi agli amministratori

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

che, come gli indipendenti, non assumano tale ruolo, ed avviene, in secondo luogo anche attraverso la valutazione delle *funzioni concretamente attribuite* all'amministratore, espressione questa che potrebbe riferirsi alle cosiddette deleghe interne attribuite dal consiglio ai singoli amministratori.

In ogni caso la determinazione dell'esatta portata e misura della responsabilità che incombe sugli amministratori deve essere coniugata con la regola della solidarietà, la quale, anteriormente alla riforma è stata intesa in termini molto rigidi e quindi con la sola possibilità di esonero per quegli amministratori che avesse dissentito e fatto annotare il loro dissenso nelle forme previste dall'art. 2392 c.c. ultimo comma, che ha mantenuto a questo proposito il testo precedente.

La attuale formulazione della regola della solidarietà per la responsabilità tra gli amministratori sembra poter consentire una graduazione di questa tra gli amministratori, in relazione alle *funzioni in concreto ad essi attribuite*. È questa una espressione sulla base della quale sembra che possano essere individuate non soltanto specificazioni della responsabilità (la quale viene infatti riferita ad un particolare livello di funzioni piuttosto che ad un altro), ma viene individuata, in ordine alla regola della solidarietà, anche specifici livelli di intensità, evidentemente differenziati rispetto a quello della assoluta parità tra tutti i debitori solidali, in via generale stabilito dall'art. 1292 c.c. nella disciplina della solidarietà dell'obbligazione.

È noto che la disciplina civilistica, che costituisce la disciplina generale di diritto comune, della solidarietà, che governa anche la materia della responsabilità degli amministratori, ha consentito di differenziare le singole posizioni personali solo sul piano interno, mentre all'esterno, verso il creditore, la responsabilità resta del tutto unitaria e quindi espone il debitore (nel nostro caso l'amministratore), a rispondere per l'intero, anche se la sua partecipazione alla causazione del danno è stata certamente inferiore rispetto a quella di altri debitori concorrenti.

Deve essere considerato che, nella pratica, la via dei regressi differenziati non ha portato mai a particolari risultati, non solo per la obiettiva difficoltà di intravedere una effettiva soddisfazione in regresso nell'ambito di volumi di responsabilità il più delle volte assai ingenti, ma anche per l'obiettiva difficoltà di determinare giudizialmente la quota di responsabilità spettante a ciascuno dei coobbligati. Maggiore possibilità di far risaltare la diversa partecipazione nella causazione del danno, vengono offerte dalla costruzione di diversi livelli di responsa-

bilità a seconda del grado di diligenza richiesto. A questo proposito è stata suggerita l'immagine della *responsabilità per fasce*, che in concreto potrebbe essere anche adottata, con l'avvertenza però che se pure la misura della diligenza risulta differenziata e se pure la misura della responsabilità può risultare graduata a secondo delle funzioni, i terzi che agiscono con l'azione di responsabilità, fanno pur sempre valere, nell'esigere il loro credito, la presunzione di identità delle quote dell'art. 1298, secondo comma c.c.. Tale identità deriva dal fatto che, con il verificarsi dell'evento dannoso, tutti gli amministratori sono obbligati per la medesima prestazione (come previsto dall'art. 1292 c.c.) vale a dire per l'obbligazione risarcitoria. Questo legittima il creditore a richiedere a tutti coloro che hanno concorso nell'illecito l'intera prestazione risarcitoria, indipendentemente dal diverso concorso dei responsabili nella causazione dell'illecito. Infatti il terzo danneggiato deve solo dimostrare il danno subito e la imputabilità a più soggetti ma non certo di dimostrare quanto abbia in concreto contribuito il comportamento di ciascuno di essi, considerato che il danneggiato è terzo rispetto alle modalità di comportamento che possono avere seguito tra loro i danneggianti.

In realtà chiunque abbia esperienza di siffatte azioni di responsabilità ha potuto constatare che nella proposizione della azione, il riferimento viene compiuto ad una pluralità spesso composita e talora indifferenziata di eventi dannosi. La censura che solitamente viene mossa ai convenuti nell'azione di responsabilità è quella secondo cui attraverso l'esercizio della vigilanza e del controllo anche gli amministratori non direttamente coinvolti nella causazione del fatto dannoso, avrebbero dovuto o potuto evitare la causazione dell'evento dannoso, con la conseguente difficoltà per quegli amministratori, che come l'indipendente sono estranei a tali specifiche attribuzioni, di evitare l'imputazione della responsabilità.

In questo quadro ci si deve domandare se la del tutto nuova formulazione dell'art 2392 c.c. in relazione alla solidarietà, non consenta di determinare un regime di responsabilità effettivamente differenziato. È stato ad esempio proposto di fare riferimento alla minore o maggiore *vicinanza o lontananza* del singolo inadempimento dannoso dalla sfera di funzioni specificamente attribuite oppure dall'ambito delle competenze professionali spettanti al singolo consigliere; come pure è stata fatta l'ipotesi della imputazione del fatto dannoso relativo a palesi errori e trascuratezze gestionali solamente ai componenti del consiglio che, nell'ambito del consiglio stesso, rivestono il ruolo di esperti in relazioni industriali o in fiscalità di impresa, per escludere tale imputazione a coloro che, come gli indipendenti, siano estranei a tali competenze ed a tale ruolo.

9. Deve essere rilevato che per la prima volta nel nostro ordinamento il

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

legislatore nell'affermare il regime di solidarietà nei confronti dei possibili diversi coobbligati chiamati a rispondere per una obbligazione risarcitoria, espressamente prevede una esclusione o limitazione della solidarietà a seconda delle funzioni che sono state in concreto attribuite ai diversi soggetti chiamati a risarcire il danno.

L'innovazione non risiede nel prevedere diverse possibili dimensioni della responsabilità tra i coobbligati. Infatti è ben possibile ed in realtà è conosciuta nel diritto comune la possibilità che una pluralità di soggetti coinvolti nell'aver provocato il danno, concorra con un contributo causale di diversa intensità e, conseguentemente con una corrispondente differenziata misura di responsabilità. Ma i diversi condebitori, poiché sia pure in diversa misura hanno contribuito a causare il danno, sono indistintamente tutti tenuti alla stessa prestazione risarcitorie e non possono opporre una eventuale graduazione di responsabilità al comune creditore. Questo infatti ha il diritto di esigere indifferentemente da ciascuno dei debitori, in quanto l'onere per ottenere la prestazione risarcitoria che grava sul creditore di più debitori non può essere maggiore rispetto a quello che grava sul creditore di un solo debitore. Tale onere deve consistere solo nel dimostrare il titolo di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) attribuito ai diversi debitori ed il danno subito, mentre, se al creditore dovesse essere richiesto di assolvere all'onere di altre dimostrazioni senz'altro laboriose (quale quelle di come ciascuno dei condebitori ha concorso concretamente nel causare il danno), il credito verso più debitori verrebbe definitamente compromesso nella sua esigibilità.

Un siffatto rinnovato sistema di solidarietà differenziata o graduata per essere coerente con la generale nozione di solidarietà dell'art. 1292 c.c., necessariamente deve basarsi sulla *non assimilabilità* della prestazione di amministrazione svolta da coloro ai quali sono attribuite specifiche funzioni, rispetto alla prestazione di amministrazione svolta dagli altri amministratori con competenza generale.

La solidarietà può non aver luogo perché, in considerazione di questa differenziazione di funzioni, solo in senso generico gli amministratori sono obbligati alla stessa prestazione. Al contrario sembra possibile poter differenziare la prestazione quando essa è riferibile a specifiche funzioni attribuite rispetto a quelle generali. L'innovazione è stata infatti incentrata nel consentire la disapplicazione della solidarietà passiva a vantaggio di quegli amministratori che sono portatori di una *funzione* obiettivamente diversa sul piano dell'iniziativa, delle competenze e del potere gestorio rispetto a quella degli altri amministratori.

La deroga al principio di solidarietà appare, quindi, il risultato del riconoscimento della diversità dell'obbligazione esigibile da coloro che (come gli indipendenti) amministrano nei limiti di una funzione loro specificamente attribuita e gli altri componenti del consiglio che amministrano al di fuori di specifici limiti.

La limitazione della solidarietà ora introdotta non sta quindi a significare né esclusione, né necessariamente limitazione della responsabilità. Gli amministratori chiamati a svolgere una specifica e non generale funzione sono sicuramente responsabili dell'attività di amministrazione svolta. Essi potranno essere chiamati in giudizio assieme agli altri amministratori ma, non potranno essere chiamati a rispondere del debito risarcitorio che viene imputato a questo altri amministratori, sia perché quel debito, in virtù delle diverse funzioni che caratterizzano la loro prestazione, non dovrebbe essere imputabile ad essi, sia perché viene esclusa dalla nuova formulazione dell'art. 2392 c.c. la comunicazione solidale del debito per il solo fatto di appartenere allo stesso consiglio d'amministrazione.

10. Il regime della esclusione o limitazione della solidarietà è suscettibile quindi di trovare applicazione soprattutto favore degli amministratori indipendenti.

Questi vengono a far parte del consiglio, piuttosto che per effetto di un legame fiduciario con i soci di maggioranza o di controllo, per effetto di una valutazione degli specifici requisiti (espressamente richiamati dall'art. 2387 c.c.), di indipendenza e di professionalità.

Nello svolgimento della prestazione di amministratore appare evidente che la conoscenza e la consapevolezza, delle sue più diverse problematiche ed esigenze della amministrazione derivano dalle informazioni che l'indipendente sarà in grado di esigere, raccogliere capire ed elaborare, piuttosto che dall'essere partecipe di questo o quel gruppo di comando o fiduciario di essi. Se si applicasse, quindi, come per il passato, in modo indifferenziato ed indiscriminato, il principio della solidarietà, si farebbe cadere sugli indipendenti lo stesso rischio che corrono gli altri amministratori, con la rilevante differenza che, mentre questi ultimi hanno per definizione a disposizione strumenti informativi e di intervento che derivano dal fatto di essere essi espressione dei soci (che sono in grado di nominare gli amministratori della società), agli indipendenti per definizione tutto questo era precluso. Di conseguenza, chiamare gli indipendenti insieme agli altri amministratori a rispondere della stessa responsabilità, significa addossare agli indi-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

pendenti una inammissibile *responsabilità per fatto altrui*.

L'amministratore indipendente risponde - alla luce della natura e contenuto della sua obbligazione come pure della espressa differenziazione di solidarietà -, quando il danno è effettivamente riconducibile alla violazione di doveri che effettivamente quale amministratore indipendente poteva adempiere, vale a dire dei doveri che rientrano nelle funzioni che gli sono state attribuite e nei limiti delle competenze che gli sono state riconosciute con il conferimento dell'incarico, mentre non può essere chiamato in via solidale con gli altri amministratori, in quanto verrebbe a rispondere per una obbligazione non propria, oltretutto estranea alle funzioni che quale indipendente deve assolvere. La solidarietà potrebbe, quindi, essere applicata solo dopo un analitico scrutinio dei diversi ruoli e competenze degli amministratori.

La nuova previsione di una limitazione della solidarietà è dunque gravida di possibili conseguenze e sviluppi. La pluralità dei componenti del consiglio corrisponde, infatti, solitamente ai diversi gruppi dell'azionariato, come pure alla necessità funzionale di qualificare e formare con diversi esperti (in relazioni industriali, finanza, tributi d'impresa, diritto societario, pubblicità, ecc.), la complessiva competenza collettiva del consiglio, anche se in concreto le decisioni prese dall'intero consiglio nella sua interezza sono frutto delle decisioni di alcuni di essi, limitandosi gli altri, nel migliore dei casi, ad acquisire informazioni e discutere, ma non certo a prendere l'ultima decisione.

Se si tenesse effettivamente conto di questa realtà, la solidarietà potrebbe essere effettivamente esclusa o limitata, applicandone solo una quota per la rilevanza che può avere avuto la decisione comune ma poi lasciando il vero peso della responsabilità su coloro che effettivamente le decisioni hanno preso. Ne risulterebbe agevolato anche il sistema del controllo del rischio in modo più certo e razionale attraverso adeguate polizze assicurative diversamente articolata nei massimali e nei costi, a seconda delle diverse fasce di funzioni e ruoli all'interno del consiglio.

11. L'esercizio in concreto dell'azione di responsabilità avviene, come è noto, assai poco frequentemente da parte della società, ma piuttosto, in caso di fallimento viene promossa dal curatore che, con l'autorizzazione del giudice delegato, che fa valere in una unica azione le azioni di responsabilità degli art. 2392, 2393, 2394 c.c. nell'interesse dei creditori sociali.

Le violazioni che assumono maggiore, se non assorbente rilevanza, sono

quelle indicate nell'art. 2394 c.c., *dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale*, rispetto ai quali le funzioni in concreto attribuite agli amministratori indipendenti, possono comportare responsabilità soprattutto sotto il profilo della omissione dei controlli dell'assenza di una costante e periodica valutazione della adeguatezza dell'assetto organizzativo e naturalmente della vigilanza sul conflitto.

Resta fermo, comunque, che, quand'anche l'evento dannoso da cui muove l'azione di responsabilità, è lo stesso di quello rimproverato agli altri amministratori, l'indipendente non dovrebbe sopportare il peso della responsabilità solidale ma piuttosto la sua responsabilità dovrebbe essere direttamente connessa al profilo di illecito individualmente commesso dal consigliere indipendente per mancata osservanza della incombenze legate all'adempimento delle specifiche funzioni, che concretamente svolge nella società.

La legittimazione all'azione di responsabilità è stata estesa, inoltre, come è noto, anche alle minoranze qualificate dei soci (un quinto del capitale per le società per azioni che non fanno ricorso al capitale di rischio, art. 2393-*bis*, I comma; un ventunesimo del capitale per quelle che fanno ricorso al capitale di rischio, art. 129 T.U.F.). L'esercizio di tali azioni potrebbe essere l'occasione di contestare oltre che scelte di governo societario, anche modalità di governo da parte degli amministratori, e potrebbe arrivare quindi a contestare specifici profili del comportamento degli indipendenti ad esempio non adeguati o conformi alle funzioni o alle aspettative loro attribuite.

Si tratta però di ipotesi che almeno nell'immediato difficilmente potranno trovare facile riscontro considerate le incertezze che ancora si accompagnano alla identificazione dei presupposti della legittimazione ed, in particolare se la quota di partecipazione stabilita per l'esercizio dell'azione, debba esistere solo al momento della domanda o anche al momento della sentenza (di primo grado o sentenza definitiva?), come pure restano le incertezze sulle possibili conseguenze del venir meno della quota di azioni richiesto nel corso della causa, interrogativi questi in grado di cancellare sostanzialmente i nuovi spazi aperti alla legittimazione delle minoranze, considerata la forte mobilità delle partecipazioni societarie, tanto più se confrontate con periodo di tempo non brevi, quali la durata di un giudizio civile nelle sue varie fasi e gradi.

A queste difficoltà si aggiunge la distribuzione dell'onere delle spese che resta a carico dei soci che hanno promosso l'azione e che solo in caso di accoglimento della domanda vengono rimborsate dalla società, come pure la distribuzio-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

ne, invero singolare del vantaggio del risarcimento, in quanto il penultimo comma dell'art. 2393 *bis* c.c. prevede che esso piuttosto che ai soci che hanno agito ed hanno corso il rischio e sopportato l'onere dell'azione, debba andare in caso di transazione o rinuncia all'azione alla società e non ai soci attori.

Sulla base di un siffatto regime di esercizio dell'azione appare ragionevole ritenere che le minoranze siano fortemente scoraggiate all'iniziativa, considerato che, a fronte dell'assunzione di rilevanti oneri e rischi, addirittura viene esclusa la possibilità di perseguire il vantaggio economico connesso alla domanda azionaria al punto di dover ritenere che sia stata introdotta un'azione, neanche contrassegnata dall'interesse ad agire.

(5)**Luigi Gaspari****Sulla responsabilità dell'amministratore
indipendente quale componente di un
comitato consultivo**

L'istituzione di comitati consultivi ai sensi del codice di autodisciplina presuppone la presenza in consiglio di amministratori indipendenti; nel contempo, la partecipazione ai comitati consultivi appare una modalità necessaria per lo svolgimento efficace del ruolo di amministratore indipendente. In tale contesto, in ragione delle funzioni e delle autonomie istruttorie riconosciute ai comitati, la partecipazione a questi ultimi sembra poter costituire una fonte di specifiche responsabilità.

La presenza necessaria e qualificante degli amministratori indipendenti nei comitati consultivi

La missione precipua dei comitati consultivi è quella di assistere il consiglio di amministrazione attraverso analisi, approfondimenti e proposte, maturate da una posizione estranea alla gestione operativa, su valutazioni di casi in cui l'interesse degli amministratori esecutivi potrebbe non coincidere con quello degli azionisti. Per questo motivo possono concorrere alla formazione dei comitati soltanto amministratori non esecutivi. Peraltro, nei casi in cui sussista un soggetto o un gruppo di controllo o in grado di esercitare un'influenza notevole, si manifesta altresì l'esigenza di assicurare nei comitati una presenza maggioritaria di amministratori indipendenti. Ciò al fine di offrire al consiglio di amministrazione un efficace contributo in tema di valutazione di possibili conflitti tra gli interessi della società e quelli dell'azionista di controllo.

La qualifica di amministratore indipendente costituisce requisito necessa-

rio, ai sensi del codice di autodisciplina redatto dal Comitato per la corporate governance di Borsa Italiana S.p.A., per concorrere a formare la maggioranza dei componenti del comitato per il controllo interno (principio n.8 P.4). Nel caso di una società controllata da un emittente quotato, la totalità dei componenti il comitato deve essere formata da amministratori in possesso del requisito di indipendenza. Almeno un componente del comitato deve possedere una adeguata esperienza in materia contabile e finanziaria, da valutarsi dal consiglio di amministrazione al momento della nomina.

Anche il comitato nomine e il comitato per la remunerazione, previsti rispettivamente dai principi n.6 e n.7 del codice di autodisciplina, devono essere composti in maggioranza da amministratori indipendenti (principi 6 P.2 e 7 P.3).

Inoltre, ai sensi del criterio applicativo n. 3 C.3 del codice di autodisciplina, il numero e le competenze degli amministratori indipendenti devono essere adeguati in relazione alle dimensioni del consiglio e all'attività svolta dall'emittente, ma devono anche essere tali da consentire la costituzione dei comitati all'interno del consiglio.

Non è dunque sufficiente un numero di amministratori indipendenti adeguato alla formazione dei comitati; è necessario che gli amministratori indipendenti destinati ai comitati, o almeno alcuni tra loro, dispongano anche di competenze adeguate, tenuto conto dell'attività svolta dall'emittente.

Proprio attraverso la partecipazione ai comitati che, come si vedrà nel prosieguo, sono dotati di autonomie istruttorie e godono di flussi informativi dedicati, l'amministratore indipendente può entrare in possesso di una strumentazione particolarmente efficace per l'espletamento della sua specifica funzione, con particolare riferimento alla vigilanza e alla prevenzione dei possibili conflitti di interesse. Peraltro, la disponibilità per l'amministratore indipendente di strumenti di cui non disporrebbe qualora svolgesse il mero ruolo di amministratore non esecutivo senza partecipare ai comitati, sembra comportare anche l'assunzione di responsabilità specifiche.

Il ruolo dei comitati consultivi in un modello di governance orientato all'efficienza dei processi decisionali

La funzione consultiva e propositiva verso il consiglio di amministrazione

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

assegnata a questi comitati su temi di assoluto rilievo per la gestione dell'impresa, con la conseguente autonomia di istruttoria ad essi espressamente riconosciuta, rende disponibili informazioni che, sia dal punto di vista quantitativo sia da quello qualitativo si rivelano significativamente superiori a quelle disponibili per un consigliere non esecutivo che non partecipa al comitato.

Queste maggiori informazioni devono poi essere utilizzate da amministratori indipendenti in possesso di competenze idonee alla loro corretta interpretazione nell'interesse dell'impresa e della generalità dei suoi azionisti.

Il contributo che ciascun comitato offre al consiglio sui diversi temi assegnati costituisce infine una sintesi, la risultante di analisi e valutazioni su informazioni e dati acquisiti con specifiche ed autonome istruttorie, che dovrebbe concorrere in misura decisiva alla formazione della volontà del consiglio di amministrazione.

Il ruolo assegnato ai comitati consultivi dal codice di autodisciplina si inserisce, in effetti, all'interno di un modello organizzativo dell'impresa che, anche attraverso forme articolate di *governance*, persegue criteri di efficienza e correttezza nella gestione e, coinvolgendo anche i processi decisionali al vertice dell'azienda, distribuisce compiti e responsabilità. L'affermazione di un tale modello sembra costituire, nel più recente periodo, non solo il frutto di indicazioni rivernienti dalla migliore prassi internazionale e dalle spinte dei mercati dei capitali, ma anche uno degli obiettivi specifici del legislatore nazionale.

Invero, nella legge n. 366/2001 contenente la delega al Governo per la recente riforma del diritto societario, il legislatore ha indicato tra i principi generali in materia di società di capitali quello di "valorizzare il carattere imprenditoriale della società e definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali" (art. 2 comma 1 lett.b) e, con specifico riferimento alle società per azioni, ha fissato l'obiettivo di definire un "assetto organizzativo tale da garantire efficienza e correttezza nella gestione dell'impresa sociale" (art. 4, comma 2 lett.b). Come illustrato nella Relazione al decreto delegato, il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.6, nel perseguimento di questi obiettivi, nella nuova disciplina ora fissata dal codice civile per i consigli di amministrazione *"sono state aumentate le attribuzioni non delegabili (art. 2381, terzo e quarto comma); è stato previsto un ampio e periodico obbligo informativo degli organi delegati al consiglio e al collegio sindacale sulle operazioni più rilevanti per dimensioni e caratteristiche (anche qualitative, quali ad esempio operazioni atipiche, inusuali o compiute o deliberate da amministratori interessati) ed esteso anche alla gestio-*

ne delle controllate (art. 2381, quinto comma); e si è disposto che gli amministratori debbano agire in modo informato ed abbiano correlativamente un diritto individuale all'informazione cui gli organi delegati devono far fronte riferendo al consiglio (art. 2381, ultimo comma). "...L'ampia circolazione delle informazioni sulla gestione, con particolare trasparenza sulle operazioni relativamente alle quali gli amministratori possano, anche per conto terzi, avere un interesse, tende da un lato a rendere efficaci ed utili le riunioni e le deliberazioni del consiglio (che può impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega: art. 2381, terzo comma) e, d'altro lato a definire un'articolazione interna del consiglio e del suo funzionamento in cui rispettivi poteri e doveri del consiglio e degli organi delegati siano delineati con precisione, in modo che anche le rispettive responsabilità possano essere rigorosamente definite."

Ora, per le aziende che adottano il codice di autodisciplina, sembra potersi affermare che il comitato per il controllo interno, il comitato nomine e il comitato per la remunerazione svolgano un ruolo strumentale per il consiglio di amministrazione, e segnatamente per gli amministratori non esecutivi, nello svolgimento di taluni tra i più importanti compiti assegnati dal codice civile all'organo amministrativo. Questo ruolo sembra inserirsi proprio all'interno di quella articolazione di funzioni necessaria per la gestione e la valutazione di informazioni ampie e complesse, "con particolare trasparenza sulle operazioni relativamente alle quali gli amministratori possano, anche per conto terzi avere un interesse" (vedi supra) che ha come obiettivo la massimizzazione dell'efficienza del processo decisionale di competenza del consiglio di amministrazione. Invero, attraverso una attività diffusa e supportata da competenze specifiche, i comitati dovrebbero porsi nelle condizioni di offrire la più efficace assistenza al consiglio di amministrazione, con la redazione di relazioni, pareri e proposte operative; il consiglio, in applicazione del principio di efficienza, non dovrebbe replicare il medesimo lavoro, ma fondare le proprie valutazioni, oltre che sulle informazioni ricevute dagli organi delegati, sulle risultanze di ciascun comitato, salvo naturalmente il diritto di ciascun consigliere di richiedere eventuali chiarimenti, approfondimenti e integrazioni.

Il comitato per il controllo interno

Nell'ambito del più generale dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381, comma 3 c.c.), il consiglio di amministrazione si avvale dell'assistenza del comitato per il controllo interno per la definizione delle linee di indirizzo del sistema di controllo interno, per l'individuazione di un amministratore esecutivo incaricato di sovrinten-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

dere alla funzionalità del sistema di controllo interno, per la valutazione dell'adeguatezza, dell'efficacia e dell'effettivo funzionamento del sistema di controllo interno (criterio applicativo n.8 C.1 del codice di autodisciplina); per la nomina del preposto al controllo interno (criterio applicativo n.8 C.1). Inoltre, il preposto al controllo interno, che di norma coincide con il responsabile della funzione di internal audit deve riferire all'omonimo comitato circa le modalità con cui viene condotta la gestione dei rischi, nonché sul rispetto dei piani definiti per il loro contenimento ed esprimere la sua valutazione sull'idoneità del sistema di controllo interno a conseguire un accettabile profilo di rischio complessivo (criterio applicativo n.8 C.6 lett.e).

Per svolgere queste funzioni, il comitato si avvale generalmente della collaborazione dei preposti al controllo interno, valuta i programmi di attività predisposti da questi ultimi, ne analizza le risultanze (criterio applicativo n.8 C.3 lett.c), esegue istruttorie su singole strutture aziendali, sull'affidabilità e sulla effettiva praticabilità di procedure interne, si avvale anche delle eventuali indicazioni della società di revisione in tema di controllo interno (criterio applicativo n.8 C.3 lett.e).

Anche con riferimento all'attribuzione specifica e non delegabile da parte del consiglio di amministrazione, di redigere il bilancio di esercizio e gli altri documenti contabili previsti dalla legge, il comitato per il controllo interno valuta, unitamente al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e ai revisori, il corretto utilizzo dei principi contabili e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato (criterio applicativo n.8 C.3 lett.a); valuta le proposte formulate dalle società di revisione per ottenere l'affidamento del relativo incarico, nonché il piano di lavoro predisposto per la revisione e i risultati esposti nella relazione (criterio applicativo n.8 C.3 lett.d); vigila sull'efficacia del processo di revisione contabile (criterio applicativo n.8 C.3 lett.e); riferisce al consiglio, almeno semestralmente, in occasione dell'approvazione del bilancio e della relazione semestrale (criterio applicativo n.8 C.3 lett.g).

A questi due importanti compiti che il codice di autodisciplina assegna espressamente al comitato per il controllo interno, si aggiungono poi quelli che il consiglio di amministrazione può attribuire a questo comitato, proprio con l'obiettivo di rendere più efficiente il processo decisionale.

Il comitato per la remunerazione

Previsto dall'art. 7 del codice di autodisciplina, questo comitato è chiamato ad assistere il consiglio di amministrazione, con la presentazione di specifiche proposte, nella determinazione della remunerazione degli amministratori delegati e degli altri amministratori che ricoprono particolari cariche, monitorando l'applicazione delle decisioni adottate dal consiglio stesso. Il comitato per la remunerazione è altresì incaricato di valutare periodicamente i criteri adottati per la remunerazione dei dirigenti con responsabilità strategiche, vigila sulla loro applicazione sulla base delle informazioni fornite dagli amministratori delegati e formula al consiglio di amministrazione raccomandazioni generali in materia (criterio applicativo n. 7 C.3).

La rilevanza del ruolo di questo comitato è di tutta evidenza. Le indagini per l'individuazione di remunerazioni per gli amministratori delegati e per l'alta dirigenza in linea con le indicazioni di mercato devono essere accompagnate da valutazioni sul contesto operativo della singola impresa, sui risultati ottenuti e su quelli attesi in base alle strategie in atto, sulle concrete alternative disponibili.

Quanto alle componenti variabili delle remunerazioni di amministratori delegati e dirigenti, la valutazione dei criteri da adottare per correlare le remunerazioni ai risultati dell'impresa presenta nella prassi difficoltà non secondarie e notevole rilevanza strategica. Basti pensare alla circostanza che gli obiettivi previsionali in termini di risultati vengono fissati con il contributo determinante di quegli stessi soggetti che vedono una parte molto importante della loro remunerazione legata proprio al raggiungimento di quei risultati e spetta dunque al consiglio, con l'ausilio fondamentale del comitato per le remunerazioni, correlare il grado di effettiva difficoltà degli obiettivi previsionali con la maturazione di componenti variabili del costo del lavoro che hanno spesso una dimensione significativa.

A tutto ciò si aggiungano le complessità connesse alla definizione dei piani di incentivazione e fidelizzazione attraverso l'assegnazione di opzioni su azioni che assicurino un effettivo allineamento degli interessi degli amministratori delegati e dei dirigenti con quelli degli azionisti.

Il comitato nomine

Il codice di autodisciplina raccomanda ai consigli di amministrazione di

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

“valutare l’opportunità” di costituire un comitato nomine (principio n.6.P.2 e commento al principio n.5), mentre per gli altri due comitati la relativa istituzione sembra costituire un obbligo per chi intenda aderire al codice.

Questo comitato dovrebbe proporre al consiglio di amministrazione i candidati alla carica di amministratore nel caso previsto dall’art. 2386, primo comma, del codice civile, qualora occorra sostituire un amministratore indipendente; indicare i candidati alla carica di amministratore indipendente da sottoporre all’assemblea dell’emittente, tenendo conto di eventuali segnalazioni pervenute dagli azionisti; formulare pareri al consiglio di amministrazione in merito alla dimensione e alla composizione dello stesso, nonché, eventualmente, in merito alle figure professionali la cui presenza all’interno del consiglio sia ritenuta opportuna (criterio applicativo n. 6.C.2).

Anche in questo caso si tratta di un apporto particolarmente qualificato all’attività del consiglio di amministrazione in ambiti particolarmente complessi, ove il consiglio è chiamato a svolgere valutazioni in ordine alla propria composizione e al proprio funzionamento.

Le responsabilità degli amministratori che partecipano ai comitati

Per l’accertamento delle responsabilità degli amministratori, il legislatore della recente riforma del diritto societario ha sostituito il precedente riferimento alla “diligenza del mandatario” nell’adempimento dei doveri imposti dalla legge e dallo statuto, con la “diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze” (art. 2392, primo comma del codice civile). Nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 6/2003, di attuazione della riforma, viene chiarito che ciò *“non significa che gli amministratori debbano necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell’amministrazione dell’impresa sociale, ma significa che 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.”*

Il richiamo alla diligenza connessa alla natura dell’incarico sembra rendere ancor più immediato di quanto non fosse nella formulazione previgente, il rinvio al secondo comma dell’art. 1176 del codice civile, in forza del quale “nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”.

Inoltre, nel fissare i limiti alla responsabilità solidale degli amministratori, il nuovo testo dell'art. 2392 del codice civile ha aggiunto tra le cause che escludono la responsabilità solidale, quelle derivanti dall'inosservanza di doveri connessi alle "funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori".

Infine, tra le fonti di responsabilità è stata mantenuta nel nuovo testo dell'art. 2392, secondo comma, del codice civile la circostanza in cui gli amministratori "essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose", escludendo dalla responsabilità solidale il caso di conoscenze assunte nell'esercizio di una delega e non comunicate agli altri amministratori.

L'amministratore non esecutivo ha dunque il diritto/dovere di fondare le proprie scelte su una informazione adeguata alle caratteristiche dell'impresa e alle operazioni eseguite e deve interpretare i dati in suo possesso sulla base delle proprie competenze. La responsabilità attribuibile all'amministratore non esecutivo sembra dunque riconducibile alla sua capacità di ottenere informazioni adeguate, alle informazioni che gli sono state rese disponibili, all'uso che ne ha fatto, al ruolo concretamente svolto all'interno del consiglio di amministrazione.

In questo quadro, l'amministratore indipendente che, proprio per il suo requisito di indipendenza e per le sue competenze, presiede o partecipa a un comitato consultivo quale il comitato per il controllo interno, il comitato per la remunerazione o il comitato nomine, potrebbe ritrovarsi, su specifici temi, in una condizione di maggiore responsabilità rispetto a un amministratore non esecutivo, ovvero rispetto a un amministratore titolare di una delega che non attiene a quel tema specifico.

Abbiamo visto infatti che la presenza di una maggioranza di amministratori indipendenti è condizione necessaria, ai sensi del codice di autodisciplina, per l'istituzione dei noti comitati consultivi. Inoltre, sempre ai sensi del codice, gli amministratori indipendenti devono essere in possesso di competenze adeguate, anche in relazione all'attività svolta dall'impresa, per comporre i comitati medesimi. Abbiamo altresì esaminato il ruolo di questi comitati all'interno di un modello organizzativo che coinvolge il processo decisionale proprio del consiglio di amministrazione e qualifica la *governance* aziendale, allineandola alle migliori prassi nella ricerca della massimizzazione dell'efficienza. Abbiamo elencato i compiti principali dei comitati, espressamente codificati da un codice a cui la società ha deliberatamente aderito.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Sembrano dunque sussistere gli elementi per l'accertamento di una responsabilità specifica. L'amministratore viene incaricato dal consiglio di presiedere o di partecipare al comitato consultivo perché "indipendente" e "competente" rispetto all'attività dell'impresa e ai compiti specificamente assegnati a quel comitato. Si tratta di compiti non astratti o generici, ma codificati in un codice cui la società aderisce e che l'amministratore ovviamente conosce; egli è quindi in grado di valutare, unitamente al consiglio di amministrazione, la propria idoneità a partecipare all'organo consultivo. Il comitato è legittimato ad esperire istruttorie sui temi assegnati avvalendosi delle strutture aziendali, se necessario anche di consulenti con il consenso del consiglio di amministrazione, dispone di una vasta gamma di informazioni proprio allo scopo di valutarle e sintetizzarle in sede consultiva e propositiva al consiglio di amministrazione.

Ora, ipotizziamo il caso di un comitato per il controllo interno il quale abbia omesso di esaminare le risultanze dell'attività della struttura di *internal audit* e, nonostante ciò, abbia espresso nei propri riferimenti al consiglio di amministrazione una valutazione positiva sul complessivo sistema dei controlli interni. Qualora quelle risultanze contengano elementi idonei a prevenire una fattispecie di danno per la società poi concretamente manifestatasi, sembra difficile escludere che possano essere attribuite ai membri del comitato responsabilità specifiche e maggiori rispetto agli altri amministratori non esecutivi che hanno fatto affidamento sulle relazioni del comitato. L'ipotesi è estrema, ma anche nel caso in cui le risultanze dell'*internal audit* siano state esaminate e, neglentemente, non si sia tenuto conto degli allarmi in esse contenuti, omettendo di riferirli al consiglio di amministrazione, sembra di essere in presenza di una responsabilità specifica, potendosi forse operare una distinzione tra quegli amministratori dotati di competenze tali da metterli in condizione di valutare con immediatezza la gravità delle carenze riscontrate dalla struttura di controllo interno e gli altri componenti il comitato.

Analoghe considerazioni possono essere espresse in relazione all'attività assegnata al comitato per il controllo interno nell'ambito del processo che conduce alla redazione del bilancio da parte del consiglio di amministrazione. E' pur vero che si tratta di un dovere non delegabile, ma appare del tutto ragionevole che i compiti assegnati al comitato non vengano svolti una seconda volta dal consiglio di amministrazione, il quale farà affidamento sulla relazione del comitato con riferimento, ad esempio, alla corretta ed effettiva applicazione dei principi contabili. Il consiglio, infatti, terrà conto del fatto che il comitato deve aver vigilato sul processo di revisione contabile, deve aver valutato l'efficacia del sistema dei controlli interni anche con riferimento all'affidabilità delle rilevazioni contabili, deve

aver valutato, unitamente al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e ai revisori, il corretto utilizzo dei principi contabili. Anche in questo caso dunque, l'omissione di una di queste attività o la mancata segnalazione di fatti pregiudizievoli emersi nel corso dei lavori, sembra comportare, per i componenti il comitato, responsabilità specifiche e non equiparabili a quelle degli altri amministratori non esecutivi.

Considerazioni del tutto simili sembrano potersi esprimere anche dall'analisi dell'attività degli altri comitati.

In conclusione, se da un lato è vero che le specifiche responsabilità sopra illustrate potrebbero discendere non tanto dalla qualifica di amministratore indipendente, quanto dall'incarico di partecipare a uno o più comitati consultivi, è peraltro vero che le funzioni dei comitati in qualche misura presuppongono la presenza prevalente di amministratori indipendenti, e ciò è così chiaro per il Comitato corporate governance di Borsa Italiana S.p.A. che il codice di autodisciplina ne impone una composizione maggioritaria e sembra altresì chiaro che la partecipazione ai comitati consultivi pone a disposizione dell'amministratore indipendente una strumentazione più efficace per lo svolgimento responsabile del proprio ruolo.

(6)**Giovanni Paolo Accinni**

Profili di responsabilità penale degli amministratori indipendenti

L'indipendenza non sembra poter valere quale nuovo ed autonomo criterio di qualificazione ed attribuzione della responsabilità penale per mancata vigilanza e/o mancato impedimento del fatto criminoso altrui

1. Le relazioni che hanno preceduto consentono di poter affermare che, a prescindere dai risultati del dibattito in ordine al ruolo, ai doveri ed alle funzioni proprie dell'amministratore indipendente, allo stesso non spettano in realtà poteri maggiori e differenti rispetto a quelli che sono propri degli amministratori senza funzioni delegate.

Si tratta di una considerazione che naturalmente prescinde dalle ipotesi in cui l'amministratore indipendente è chiamato a rivestire particolari cariche all'interno della compagine sociale, in particolare quella di componente dell'organismo di vigilanza ai sensi della disposizione di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/01. In queste ipotesi l'amministratore indipendente diviene titolare di funzioni, poteri, doveri (e conseguenti responsabilità anche penali) che, pur connaturati alla carica ricoperta, non sono fisiologicamente afferenti alla figura dell'amministratore indipendente in sé e per sé considerata.

In altre parole, la connotazione dei profili di possibile responsabilità penale del componente dell'organismo di vigilanza (ad esempio per mancato impedimento di reati da parte dei vertici aziendali) prescinde dalla circostanza che la carica sia rivestita da un amministratore indipendente o da altro soggetto. Specularmente non sembra dunque possibile mutuare dalla posizione del componente dell'organismo di vigilanza principi validi a tratteggiare i criteri di responsabilità degli amministratori indipendenti in quanto tali.

I criteri di responsabilità penale dell'amministratore indipendente devono dunque necessariamente essere analizzati alla luce del generale principio (logico prima ancora che giuridico) a norma del quale in tanto si può essere chiamati a rispondere per non avere impedito la commissione di un reato, in quanto si aveva il dovere e soprattutto di potere di intervenire per impedirlo.

La premessa del ragionamento è che, in costanza di un fatto di reato posto in essere dagli organi delegati, l'amministratore indipendente possa essere chiamato a rispondere per non averne impedito la commissione. Si tratta dunque di un'ipotesi di concorso mediante omissione nel fatto criminoso altrui ai sensi di cui alla disposizione del secondo comma dell'art. 40 c.p.

E' appena il caso di rammentare che la penale responsabilità dell'amministratore indipendente dovrà essere senz'altro affermata in tutti i casi in cui lo stesso abbia coscientemente contribuito alla realizzazione del fatto di reato, apportando un proprio contributo causale, magari offrendo la propria "consulenza" od il proprio parere.

Ma al di fuori di quest'ipotesi, che tipo di responsabilità grava sull'amministratore indipendente per il fatto criminoso dell'organo delegato? Nel dare risposta a siffatto quesito non ci si deve lasciar trarre in inganno dalla circostanza che l'amministratore indipendente sia - appunto - "indipendente", ciò che se da un lato dovrebbe attribuirgli una posizione di particolare oggettività ed imparzialità nell'ambito del Consiglio, dall'altro sembrerebbe farne una sorta di garante del corretto operato degli amministratori e dunque lo renderebbe "automaticamente" responsabile degli eventuali illeciti commessi e da lui non tempestivamente denunciati od impediti.

La qualifica di indipendenza vale senz'altro ad attribuire al titolare una maggiore "visibilità" nell'ambito del Consiglio e forse una particolare aspettativa nella correttezza ed imparzialità del suo operato, ma resta ancora da verificare se siffatte caratteristiche (aventi una natura quasi "deontologica") siano poi davvero sufficienti ad implicare particolari forme di responsabilità ed imputabilità.

Bene allora rammentare che la disposizione di cui al capoverso dell'art. 40 c.p. sancisce che l'evento non impedito si dà per cagionato solo ove si abbia un obbligo giuridico di impedirlo, ossia una posizione di garanzia conferita dall'ordinamento in considerazione dei poteri impeditivi dei quali il "garante" dispone. Non avrebbe alcun senso pretendere di imputare il mancato impedimento di un evento a chi si trova nella condizione di non poterne effettivamente contrastare la ve-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

rificazione ed infatti la "possibilità di agire" per impedire l'evento è ritenuta dalla dottrina condizione costitutiva della stessa posizione di garanzia.

Breve: l'obbligo di garanzia, e quindi il dovere di impedire l'evento, postulano in capo a chi si vuole «garante» sia la conoscenza del fatto da impedire, sia l'effettivo potere di impedirlo²⁷.

Già queste osservazioni consentono di escludere che all'amministratore indipendente possano essere applicati in via interpretativa i criteri di attribuzione della responsabilità elaborati da dottrina e giurisprudenza con specifico riguardo ai componenti del Collegio Sindacale. Basti qui solo rammentare che ai sindaci spettano (tra l'altro) i poteri di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto e che, nell'espletamento delle proprie funzioni di vigilanza, ad essi sono espressamente riconosciuti poteri di ispezione e controllo, di convocazione dell'assemblea (alla quale sono tenuti a riferire i fatti censurabili di cui siano venuti a conoscenza) e, quale *extrema ratio*, possono presentare denunce al Tribunale.

Nulla di tutto ciò è previsto con riguardo agli amministratori senza funzioni esecutive, che in realtà nemmeno possono prendere conoscenza delle vicende sociali al fuori delle riunioni del Consiglio di Amministrazione.

Tanto premesso, davvero non pare che gli amministratori indipendenti siano in grado di soddisfare le due suddette condizioni utili a poter ritenere sussistente una loro posizione di garanzia. Si consideri infatti che, come già si è chiarito, l'amministratore indipendente resta tecnicamente un amministratore senza funzioni delegate e non vi sono nel nostro ordinamento disposizioni di legge che valgano ad attribuirgli poteri ulteriori rispetto a quelli propri dei componenti del C.d.A.

Ne consegue allora che anche l'amministratore indipendente resta soggetto alle disposizioni di cui all'art. 2381 c.c. così come riformulato per effetto del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ed in particolare a quella di cui al terzo comma, a norma del quale il Consiglio di Amministrazione è chiamato a valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, nonché il generale andamento della gestione "sulla base della relazione degli organi delegati".

I poteri conoscitivi degli amministratori senza funzioni delegate (e dunque anche

²⁷⁾ Cfr. sul punto PEDRAZZI, in PEDRAZZI-SGUBBI, Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito, Bologna, 1995, pagg. 277 ss.

di quelli indipendenti) vengono così delimitati *ratione materiae* alle informazioni ricevute ed alla relazione degli organi delegati, oltre le quali non pare sia loro concesso spingersi, posto che *"di regola, il consiglio può fare legittimo affidamento su quanto viene riferito dai delegati"*²⁸.

Si aggiunga che i consiglieri non delegati sono chiamati non già a svolgere un'attività di vigilanza sull'operato dei colleghi con funzioni delegate, ma solo una generale "valutazione" condotta in forza delle informazioni ricevute, dunque un compito che è già sotto il profilo più strettamente letterale (il solo cui bisogna fare ricorso nell'interpretazione della legge) esclude qualunque autonoma facoltà ispettiva.

Vero poi che la disposizione di cui al sesto comma dell'art. 2381 c.c. stabilisce che *"ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società"* e che la proposizione della relativa domanda obbliga l'organo delegato alla risposta.

Non può tuttavia sottacersi che siffatta disposizione non fa che confermare l'assenza, in capo agli amministratori senza funzioni delegate, di specifici poteri ispettivi o di diretto accertamento dei fatti sociali, essendo gli stessi solo titolari di un "dovere di ottenimento" delle informazioni richieste da parte degli organi delegati²⁹. Informazioni alle cui risultanze gli amministratori non esecutivi saranno tenuti ad attenersi, mancando loro ogni potere di ulteriore e diretto approfondimento.

Siffatte considerazioni valgono dunque ad escludere in capo all'amministratore indipendente qualsivoglia profilo di responsabilità per il mancato impedimento del fatto criminoso degli organi delegati, salvo il caso – pure già ricordato – del concorso doloso nel fatto altrui, ossia dell'ipotesi in cui l'amministratore indipendente fosse a conoscenza della condotta illecita posta in essere dagli organi delegati e non abbia fatto quanto in suo potere per impedirla o comunque denunciarla³⁰.

²⁸⁾ DE FEO, Commento all'art. 2381, in BONFANTE-CORAPI-MARZIALE-RORDORF-SALAFIA (a cura di), Codice commentato delle nuove società, Milano, 2004, pag. 382.

²⁹⁾ MONTALENTI, Commento all'art. 2381, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), Il nuovo diritto societario, Bologna, 2004, pag. 682, afferma che la citata disposizione di cui al sesto comma dell'art. 2381 c.c. circoscrive il potere di attivazione dell'amministratore non delegato "ad una meditata valutazione dei documenti ricevuti".

³⁰⁾ Si tratta di una conclusione recentemente fatta propria nella giurisprudenza di merito da Trib. Brescia, Uff. G.I.P., sentenza n. 604/05 del 31 maggio 2005, inedita.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Solo nella prospettiva di un concorso doloso potrà essere tutt'al più apprezzata l'appartenenza dell'amministratore indipendente anche ad altri organi sociali (quali l'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/01) che, consentendogli una più approfondita conoscenza delle vicende sociali (si rammenti che il membro dell'OdV ha poteri ispettivi ben più penetranti di un semplice amministratore non esecutivo), sarà suscettibile di incidere sulla valutazione dell'elemento soggettivo doloso.

In conclusione, si osserva che la qualifica di indipendenza non vale ad attribuire all'amministratore che ne è portatore profili di responsabilità sostanzialmente diversi (e segnatamente più ampi) di quelli che connotano qualunque membro non esecutivo del Consiglio di Amministrazione: i criteri per l'attribuzione di responsabilità penali restano dunque immutati.

2. La figura dell'amministratore indipendente può essere di interesse per il penalista anche sotto altro e differente profilo. Le relazioni che hanno preceduto hanno posto in evidenza come l'amministratore indipendente debba rendere fedelmente, ossia nel rispetto dei criteri di legge e dell'auto disciplina, la dichiarazione in ordine alla propria indipendenza.

La questione può essere inquadrata come quella del "falso amministratore indipendente", ossia dell'amministratore che, dichiaratosi indipendente, non sia poi risultato davvero tale. Nuovamente prescindendo in questa sede da ogni approfondimento in ordine al contenuto del requisito di indipendenza (e per il quale si rinvia alle relazioni che hanno preceduto), quanto preme qui affrontare è il tema del possibile rilievo penale della falsa dichiarazione di indipendenza, ossia della sua sussumibilità entro il disposto di una qualche fattispecie incriminatrice.

Bene preliminarmente avvertire che l'esame della questione si scontra fatalmente con l'assenza di una normativa positiva e dunque con l'esigenza di valutare i possibili risvolti penali di una disciplina che è stata per la maggior parte elaborata e sviluppata nella prassi.

L'indagine deve allora necessariamente prendere le mosse e fondarsi sui pochissimi riscontri normativi o auto-disciplinari, e dunque innanzitutto sul disposto di cui all'art. 2387 c.c. che, come noto, dispone testualmente che *"lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza"*. Ove statutariamente sancita, la sussistenza di effettive caratteristiche di indipendenza diviene condizione per la valida assunzione ed il mantenimento della carica di amministratore.

Nel codice di autodisciplina redatto da Borsa Italiana (edizione 2006) è dato di poter leggere (punto 3.C.4) che *“dopo la nomina di un amministratore **che si qualifica indipendente** e successivamente almeno una volta all’anno, il consiglio di amministrazione valuta, **sulla base delle informazioni fornite dall’interessato** o comunque a disposizione dell’emittente, le relazioni che potrebbero essere o apparire tali da compromettere l’autonomia di giudizio di tale amministratore”*. Si aggiunge, peraltro, che *“il consiglio di amministrazione rende noto l’esito delle proprie valutazioni, in occasione della nomina, mediante un comunicato diffuso al mercato [...]”*.

Sembra dunque corretto ritenere che la dichiarazione di indipendenza assuma le forme ed i contenuti di una sorta di “autocertificazione” che l’amministratore rende al Consiglio di Amministrazione sotto la propria responsabilità e che l’organo amministrativo valuta (principalmente) in ragione di quanto dichiarato ed eventualmente allegato dall’interessato. La valutazione può essere condotta anche sulla base delle informazioni già in possesso dell’ente, ma solo ove di siffatte informazioni l’ente già disponga, altrimenti non sembrerebbe sussistere un potere di indagine del Consiglio di Amministrazione ulteriore alla mera analisi di quanto dichiarato e allegato dall’interessato.

Ciò che pure sembra confermato dalla lettura del Commento stilato dai redattori del codice di autodisciplina, laddove è precisato che le procedure di accertamento dell’indipendenza utilizzate dal Consiglio di Amministrazione *“fanno riferimento alle informazioni fornite dai singoli interessati o comunque a disposizione dell’emittente, **non essendo richiesta a quest’ultimo un’apposita attività di indagine** volta ad individuare eventuali relazioni rilevanti”*.

Ecco allora che, al cospetto del Consiglio di Amministrazione, l’amministratore indipendente è tale innanzitutto (e soprattutto) perché si “auto-qualifica” come tale. Da qui l’interesse a valutare che tipo di responsabilità penale possa conseguire ad una falsa “auto-qualifica”.

La prima ipotesi che deve essere analizzata è quella della sussistenza di un reato di falso: si tratterebbe più precisamente di una falsità ideologica, ossia dell’attestazione come veritiera di dichiarazioni in realtà menzognere³¹. Una falsità ideologica commessa da un soggetto privato: l’amministratore indipendente, appunto.

³¹⁾ Cfr. in proposito ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte speciale, Milano, 200013, II, pagg. 101 ss.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

E' noto che nel nostro ordinamento la falsità ideologica commessa dal privato è punita solo se riguardante un atto pubblico, mentre resta penalmente irrilevante ove posta in essere in una scrittura privata. La rilevanza penale della falsa dichiarazione di indipendenza consegue dunque alla natura pubblica o privata dell'atto che la recepisce.

Ove la valutazione dei requisiti di indipendenza "dichiarati" dall'amministratore venga versata nel verbale del Consiglio di Amministrazione, non sembra che allo stesso possa essere riconosciuta natura di atto pubblico. Ne consegue allora che la falsità in qualsiasi modo recepita in siffatto documento non possa assumere rilevanza penale, trattandosi appunto di falsità ideologica commessa da un privato in scrittura privata.

Diversa sarebbe invece la soluzione ove la falsa dichiarazione venisse recepita nel verbale dell'assemblea, qualora cioè l'amministratore dichiarasse falsamente la propria indipendenza all'assemblea e di siffatta dichiarazione venisse dato atto a verbale. La redazione del verbale assembleare da parte di un notaio vale infatti a conferire all'atto natura pubblica e fidefaciente, come pure riconosciuto dalla giurisprudenza: *"il verbale di assemblea ordinaria di una società di capitali, se redatto [...] da un notaio come atto tipico rientrante nelle sue attribuzioni d'ufficio, ha le caratteristiche dell'atto pubblico"*³².

In queste ipotesi la falsa dichiarazione di indipendenza potrebbe ritenersi integrare la fattispecie di reato di cui all'art. 483 c.p. (*"Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico"*): *"chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni"*³³.

Se quanto esposto appare condivisibile almeno in linea teorica, non può tuttavia sottacersi che nella prassi l'amministratore indipendente non si "qualifica" di fronte all'assemblea, limitandosi nella maggior parte dei casi al deposito di un *curriculum* che giustifichi la propria candidatura. Ciò che sta a significare come (di norma) il verbale dell'assemblea non contiene quella forma di "auto-qualificazione"

³²⁾ Cass. civ., Sez. I, 17 gennaio 2001, n. 560, in Giur. it., 2001, 1179.

³³⁾ La stessa giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto essere integrata la fattispecie rispetto alle false dichiarazioni rese dal presidente dell'assemblea straordinaria di un consorzio tra imprese il quale rilasci false dichiarazioni recepite nel processo verbale redatto da notaio. Cfr. Cass., sez. V, 4 ottobre 1989, in Cass. pen., 1990, 1482

suscettibile di essere valutata come veritiera o mendace e dunque anche l'ipotetica configurabilità di un falso penalmente rilevante ex art. 483 c.p. sembra destinata a restare priva di una possibilità di concreto riscontro.

Si aggiunga che, come pure si è già avuto modo di accennare, nemmeno esiste nel nostro ordinamento una norma di legge che sancisca il dovere per l'amministratore indipendente di giustificare la propria qualifica e solo le citate norme di autodisciplina fanno un (peraltro generico) riferimento alla prassi dell'auto-qualifica a fronte del Consiglio di Amministrazione. Ciò che rende ulteriormente arduo poter ravvisare forme di responsabilità penale rispetto al contenuto di dichiarazioni la cui doverosità nemmeno è prevista da una norma di legge.

Insomma, le pur brevi considerazioni svolte consentono comunque di ritenere che la "falsa dichiarazione di indipendenza" resta un atto privato non facilmente sussumibile entro le più tradizionali fattispecie di falso tipizzate dal codice penale.

Resta allora da verificare se possa trovare applicazione la più generale fattispecie di truffa di cui all'art. 640 c.p. che punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da

Euro 51 a Euro 1.032, *"chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno"*.

E' noto che per artificio si intende la simulazione o dissimulazione della realtà atta ad indurre in errore una persona, di talché la falsa attestazione in ordine alla propria condizione di indipendenza potrebbe ritenersi in ipotesi integrante siffatto elemento costitutivo della fattispecie.

L'evento di ingiusto profitto/danno che determina la consumazione della fattispecie potrebbe invece essere ravvisato nella circostanza che il soggetto, attraverso la falsa dichiarazione di indipendenza, verrebbe ad assumere una posizione nell'ambito della società che non gli sarebbe stata altrimenti attribuita e per l'esercizio della quale gli sono corrisposti dalla società degli emolumenti che dunque non gli spetterebbero, perché non giustificati da un'attività professionale davvero indipendente.

Pur tuttavia la fattispecie sembra davvero difficilmente ravvisabile nella mera circostanza della non veritiera attestazione di indipendenza che, come già si è avuto modo di chiarire, sembra più correttamente da ricomprendersi nell'ambito dell'autonomia privata suscettibile, tutt'al più, di determinare forme di responsabilità civile.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

3. A conclusione di queste pur brevi riflessioni valga ancora osservare quanto segue. Si è detto che la qualifica di "indipendenza" non vale di per sé ad attribuire al titolare particolari ed ulteriori profili di responsabilità penale sotto il profilo del mancato impedimento di reati ex art. 40, cpv., c.p., ossia profili differenti da quelli che caratterizzano tutti gli altri componenti del Consiglio di Amministrazione senza funzioni esecutive.

Se tuttavia la suddetta qualifica non incide sul "tipo" o sull'estensione della responsabilità, vero anche che la stessa (come pure si è osservato) finisce inevitabilmente per implicare una maggiore "aspettativa" da parte dei soci sulla serietà e la perfetta conformità all'interesse sociale dell'operato di quegli amministratori che se fregiano. E dunque, implicando un tecnicismo ed un'oggettività che non sono abituali negli amministratori, la "indipendenza" potrebbe forse determinare una maggiore severità nella valutazione del fatto e dunque incidere sul *quantum* della pena.

Così ad esempio la dolosa acquiescenza, serbata pur a fronte di una (conosciuta) operazione illecita posta in essere dagli organi delegati, presenterebbe un disvalore ben diverso e più grave se riferibile ad un soggetto chiamato a sedere in Consiglio proprio in ragione della sua comprovata terzietà ad evitare che gli amministratori esecutivi pongano in essere condotte contrarie all'interesse dei soci ed eventualmente del mercato. Una gravità certo diversa e maggiore rispetto a quella che connoterebbe il medesimo fatto di omissione se posto in essere da un amministratore non esecutivo pur espressione di quella stessa maggioranza societaria che ha espresso il membro esecutivo.

Insomma, nonostante le aspettative riposte nei titolari di siffatta qualifica, l'indipendenza davvero non sembra, almeno sotto il profilo che qui interessa (ossia quello della responsabilità penale), poter valere quale nuovo ed autonomo criterio di qualificazione ed attribuzione della responsabilità penale per mancata vigilanza e/o mancato impedimento del fatto criminoso altrui. La stessa sembra più correttamente degradare ad eventuale circostanza impropria della quale il giudice potrà avvalersi al momento della determinazione della pena da applicarsi in concreto.

(7)

Annapaola Negri-Clementi, Fabrizio Rindi

**La copertura degli esponenti aziendali
mediante la polizza D&O
(Directors & Officers)**

Si tratta di una polizza ad hoc per coprire gli esponenti aziendali (amministratori, sindaci e dirigenti, i c.d. "Directors & Officers") dal rischio della responsabilità civile patrimoniale.

I - Inquadramento storico-giuridico

La "Directors & Officers (D&O) Liability", ossia la responsabilità degli esponenti aziendali (organi di gestione, organi di controllo e direzione) è un tema di sempre maggior attualità.

Si assiste infatti ad un crescente aumento dei rischi di responsabilità civile dell'organo di gestione e dell'organo di controllo, derivante da una produzione normativa nazionale ed europea, a livello di normazione primaria e di autoregolamentazione sempre più attenta ad implementare i presidi del sistema dei controlli, della cui efficienza ed efficacia è, in ultima analisi, responsabile il Consiglio di Amministrazione.

A fronte dei predetti rischi di responsabilità e considerata l'esigenza di garantire una tutela patrimoniale della società e degli esponenti aziendali, il mercato assicurativo anglosassone ha ideato una polizza *ad hoc* per tenere indenni i Directors & Officers da eventuali richieste di risarcimento. Ciò anche in considerazione della riforma del diritto societario e della normativa sulla tutela del risparmio (L. n. 262/2005) che hanno, rispettivamente, introdotto e disciplinato la c.d. *derivative action* (l'azione sociale di responsabilità, esercitata dai soci in nome proprio, ma nell'interesse della società ex art.

2393-bis cod. civ., da tanti soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o un quarantesimo nelle società aperte).

Anche in Italia è stata introdotta tale polizza nei programmi assicurativi dei principali gruppi industriali e finanziari (oggi sembrerebbe che gran parte delle società quotate in Italia abbia stipulato una polizza D&O), sollevando i Directors & Officers da eventuali obblighi di risarcimento di danni per responsabilità civile, a cui dovrebbero far fronte con il proprio patrimonio personale, presente e futuro, ex art. 2740 cod. civ., escluso naturalmente il caso di dolo.

Si noti inoltre che, per l'ipotesi in cui la polizza sia stipulata dalla società per ottemperare a quanto deliberato dall'assemblea dei soci, i premi assicurativi corrisposti dalla società per la stipula di polizze D&O non costituiscono, a fini fiscali, *fringe benefit* e pertanto non concorrono alla formazione del reddito di lavoro dipendente dei soggetti assicurati (gli esponenti aziendali), restando, invero, deducibili ai fini della determinazione del reddito di impresa della società (cfr. risoluzione dell'Agenzia delle entrate del 9 settembre 2003 n. 178/03).

Ciò premesso, scendendo nel dettaglio del regime di responsabilità degli amministratori, secondo il disposto dell'art. 2392 cod. civ. gli amministratori devono adempiere i doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto *"con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze"* e sono responsabili in solido verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri. Per quanto concerne il regime di responsabilità dei sindaci, ai sensi dell'art. 2407 c.c. essi *"devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico"*. *"Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica"*. All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 2393 a 2395 cod. civ.

Nel nostro ordinamento giuridico, la funzione della responsabilità civile è eminentemente compensativa, nel senso che si preoccupa di ristorare il danneggiato del danno subito (la funzione punitiva è affidata a sanzioni penali e amministrative). La responsabilità degli amministratori è sempre collegata ad un inadempimento o alla commissione di un atto illecito, secondo gli schemi della responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

La responsabilità degli amministratori è di tre tipologie:

- nei confronti della società amministrata, verso la quale gli amministratori ri-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

spondono a titolo di responsabilità contrattuale per inadempimento (artt. 2392 e 2393 c.c.); in questo alveo si inserisce anche la c.d. *derivative action* promossa dai soci nell'interesse della società ex art. 2393-bis c.c.;

- nei confronti dei creditori sociali, verso i quali gli amministratori rispondono per la mancata conservazione dell'integrità del patrimonio della società (art. 2394 c.c.);
- nei confronti dei soci e dei terzi, a titolo di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito (2395 c.c.).

In questa sede non si vogliono approfondire le questioni che attengono all'esercizio delle diverse suddette azioni di responsabilità, rimandando sul punto ai manuali di diritto societario che interpretano ampiamente tutti gli aspetti connessi agli articoli da 2392 a 2395 del codice civile. L'art. 2396 del codice civile estende l'applicazione delle disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori anche ai direttori generali nominati dall'assemblea, o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati.

Si vuole invece valutare la concreta operatività di una polizza D&O che ha lo scopo di assicurare gli esponenti aziendali dal rischio di subire un'azione di responsabilità nei loro confronti, con esito di condanna al risarcimento dei danni.

Sono stati dunque contattati due tra i maggiori brokers del mercato assicurativo italiano – Marsh e Rasini Viganò Assicurazioni - al fine di svolgere una disamina congiunta sulla polizza D&O (analisi di mercato e delle clausole contrattuali).

II - La polizza D&O

II.1- Il procedimento di negoziazione della polizza D&O

Le principali compagnie di assicurazione che propongono in Italia polizze D&O sarebbero: AIG Europe, Ace, Chubb, Zurich, AXA, Lloyd's Londra, HCC Europe, Allianz SE. Il primo dato che emerge da tale analisi è che l'offerta sul mercato italiano di polizze D&O è stata svolta, fino ad oggi, prevalentemente da compagnie estere.

Lo schema della polizza D&O può essere duplice:

-
- società contraente, esponenti aziendali assicurati;
 - esponente aziendale contraente e assicurato (tale schema avrebbe una domanda inferiore rispetto alla polizza che prevede la società quale contraente e gli esponenti aziendali quali assicurati).

Il procedimento di negoziazione della polizza D&O prevede anzitutto l'analisi preassuntiva, mediante la compilazione del questionario, al fine di permettere alla compagnia di assicurazione di conoscere e valutare tutte le circostanze connesse al rischio.

La società dovrebbe fornire, tra l'altro, le seguenti informazioni:

- i dati generali della società;
- le eventuali operazioni di finanza straordinaria che hanno interessato la società negli ultimi 2 anni;
- se la società, o una società dalla stessa controllata, è quotata in borsa;
- i soci che partecipano al capitale della società;
- le società controllate e la loro attività;
- se la società o una sua controllata dispongono di fondi di investimento esteri o hanno costituito società off shore o SPVs/SPEs;
- eventuali società controllate in Nord America (USA e Canada);
- se la società ha in corso altre polizze D&O o è già stata in precedenza assicurata per il medesimo rischio;
- se la società è a conoscenza dell'esistenza di circostanze che potrebbero dare luogo a successive richieste di risarcimento;
- se negli ultimi 3 anni siano iniziate o concluse vertenze legali nei confronti di amministratori, sindaci o dirigenti.

Al questionario inoltre dovrebbe essere allegato l'ultimo bilancio consolidato della società, delle società controllate, nonché eventualmente delle società facenti parte del gruppo.

Dunque i dati rilevati dal questionario sono essenzialmente quelli che concernono le informazioni generali (i.e.: dimensioni patrimoniali del gruppo, attività esercitate, aree geografiche presidiate) ed informazioni particolari (i.e. eventuale verifica di sinistri).

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

Dalla disamina dei questionari esaminati non sembra emergere – salvo erronea valutazione e comprensione del questionario – una disamina preventiva sul sistema di *corporate governance* adottato dalla società (ad es. adozione e implementazione di un modello organizzativo di gestione degli illeciti amministrativi ex D. Lgs. n. 231/2001, adozione del sistema di controllo interno, funzioni di compliance, di internal audit e di risk management). **Ci si potrebbe aspettare invece che la copertura della polizza D&O presupponga una valutazione di merito del governo societario e di accredito del complessivo sistema di presidi di controllo e misure per la buona *corporate governance* della società.** (Si noti che lo schema di analisi preassuntiva indicato, in linea generale, dall'ANIA nella comunicazione del 21 marzo 2006 sembrerebbe raccomandare anche l'ottenimento di informazioni sulla composizione degli organi societari e sulla professionalità ed indipendenza dei componenti gli organi amministrativi: tuttavia esiste uno scollamento, nella pratica, tra le raccomandazioni dell'ANIA, Associazione Nazionale tra le Imprese Assicuratrici, e le clausole contrattuali predisposte dalle compagnie di assicurazione, in prevalenza estere, che operano sul mercato della polizza D&O).

Al riguardo ci si limita ad osservare che – come è ovvio - **la stipulazione di una polizza D&O non deve intendersi quali sostituto di un sistema di buon governo, dovendo invece questo rappresentare il presupposto della contraenza della polizza D&O, e non, viceversa, la polizza D&O la copertura di gaps di controllo.**

I broker assicurativi effettuano una contrattazione sul testo base di polizza D&O fornito da una delle predette compagnie assicurative *sia (i)* in linea generale, direttamente con la compagnia assicurativa una volta all'anno – al fine di avere una polizza sempre aggiornata alle esigenze del mercato – *sia (ii)* specificatamente, su base personalizzata per il cliente, ossia mediante trattativa individuale con la compagnia di assicurazione per il singolo cliente.

Il soggetto che negozia la polizza D&O in nome e per conto della società solitamente è un membro del consiglio di amministrazione, incaricato di ricercare la migliore offerta e negoziare le condizioni contrattuali più favorevoli. Una volta conclusasi tale fase, il Consiglio di Amministrazione presenta all'assemblea dei soci la proposta di polizza D&O per l'approvazione definitiva della stessa.

Dunque, considerato che intervengono nella fase di negoziazione ed approvazione della polizza D&O sia i membri del consiglio sia i soci, la domanda che ci si pone è: **chi sono i soggetti interessati alla stipula di una polizza D&O**, posto che in ogni caso i soggetti assicurati sono sempre gli esponenti aziendali e il sini-

stro assicurato è sempre l'inadempimento da parte dell'esponente aziendale che abbia provocato un danno patrimoniale (certamente a terzi, ex artt. 2394 e 2395 c.c., ma anche alla società medesima ex artt. 2393 e 2393-bis c.c.), e dunque l'esercizio di un'azione di responsabilità.

In primo luogo, **sono interessati a stipulare una polizza D&O gli esponenti aziendali medesimi in quanto, come sopra anticipato, vedono tutelato il proprio patrimonio personale** (col quale avrebbero altrimenti dovuto rispondere ex art. 2740 cod. civ.), in ogni caso di azione di responsabilità (verso la società ex art. 2393 e art. 2393-bis c.c., verso i creditori sociali ex art. 2394 c.c., e verso il socio e il terzo ex art. 2395 c.c.).

In secondo luogo, **anche la società stessa è interessata alla sottoscrizione della polizza D&O per almeno due motivi:**

- (i) in caso di azione propria di responsabilità** (ex art. 2393 e art. 2393 bis c.c.) **nei confronti degli esponenti aziendali si garantirebbe un elevato grado di solvibilità di questi ultimi**, essendo la compagnia di assicurazione a liquidare il sinistro, e
- (ii) nel caso sia contrattualmente prevista la possibilità di manleva degli esponenti aziendali da parte della società per le azioni di responsabilità dei soci o dei terzi** (ex art. 2395 c.c.), **potrebbe scaricare sulla compagnia di assicurazione il relativo contenuto economico.**

In particolare, è proprio per il caso dell'azione di responsabilità dei soci o dei terzi (ex art. 2395 c.c.) che lo schema della polizza D&O si intreccia con la previsione di un atto con il quale la società abbia eventualmente convenuto di manlevare gli esponenti aziendali per il caso del verificarsi di taluni specifici sinistri (i c.d. "*indemnifiable claims*", ossia richieste indennizzabili). Sul tema della manleva si rinvia a quanto infra esposto sub II.2, lett. a).

E dunque, qualora sussistesse l'ipotesi di manleva (con riferimento ai c.d. "*indemnifiable claims*"), allora gli esponenti aziendali assicurati che abbiano provocato il sinistro non risponderebbero, ma dovrebbe invece rispondere la società, la quale dunque azionerebbe la polizza D&O: la finalità della polizza sarebbe quella del c.d. "*corporate reimbursement*" a beneficio della società.

Qualora, invece, non sussistesse l'ipotesi di manleva (con riferimento ai c.d. "*non-indemnifiable claims*", ossia richieste non indennizzabili), allora gli assicurati sa-

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

rebbero responsabili, ed azionerebbero la polizza D&O: la finalità della polizza sarebbe quella della c.d. "*personal assets protection*" a beneficio degli esponenti aziendali.

L'obbiettivo della società è in ogni caso quello di garantire ai soggetti danneggiati il reperimento di risorse concrete per soddisfare il proprio credito (e non già quello di evitare agli assicurati di subire richieste risarcitorie). Come è stato giustamente osservato, la responsabilità degli amministratori deve essere considerata "*come uno strumento teso in primo luogo ad assolvere non una funzione di deterrente, ma una funzione compensativa e di distribuzione dei costi del danno ... Se è vero che il massimale assicurativo non è, in genere, molto alto, non si deve dimenticare che esso è di regola ben superiore all'entità del patrimonio personale di un amministratore medio e rispetto a questo offre pertanto maggiori garanzie di soddisfacimento delle pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati*"³⁴.

II.2- Le clausole più rilevanti della polizza D&O

Le clausole che, a nostro avviso, rilevano maggiormente nella polizza D&O sono quelle concernenti:

- (a) definizione di contraente ed assicurato;
- (b) spese legali;
- (c) casi di esclusione;
- (d) garanzie particolari;
- (e) periodo di osservazione;
- (f) ambito societario.

(a) Contraente ed Assicurati

La polizza D&O, che normalmente ha durata annuale e cessa automaticamente alla scadenza contrattuale senza obbligo di disdetta (non essendo contemplata la clausola di c.d. "tacita proroga"), ha per oggetto la copertura dei danni patrimoniali cagionati nell'adempimento delle proprie funzioni e nell'espletamento dei propri incarichi dai membri passati, presenti e futuri dei seguenti organi (di seguito gli "Assicurati")³⁵ :

³⁴ Cfr. U. Tombari, "*L'assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*", in BBTC, 1999, p. 198

³⁵ L'elenco dei soggetti assicurati dalla polizza D&O può variare da compagnia a compagnia, pertanto quello riportato è a mero titolo esemplificativo.

- membri del consiglio di amministrazione;
- membri del collegio sindacale;
- dirigenti (nella contrattazione con la compagnia di assicurazione, in relazione a specifici clienti, si potrà poi distinguere se muniti o meno di deleghe);
- qualsiasi dipendente della società che sia anche membro del comitato "Internal Audit";
- membri del Consiglio di Sorveglianza;
- membri del Consiglio di Gestione;
- membri del Comitato per il controllo sulla Gestione;
- l'amministratore di fatto (ritenuto tale a seguito di sentenza);
- procuratori;
- membri dell'Organismo di Vigilanza;
- responsabile del trattamento dei dati personali.

La polizza D&O copre gli Assicurati, normalmente senza individuarli nominativamente, di modo che la polizza interessi non solo i soggetti in carica al momento della stipula della polizza, ma anche quelli che dovessero subentrare nel corso di validità della stessa e quelli che hanno ricoperto tale carica in passato (compatibilmente con i limiti temporali stabiliti nella polizza).

La peculiarità di tale polizza, secondo gli schemi già sopra esposti, è una copertura assicurativa che tutela di fatto contemporaneamente sia gli interessi dei predetti soggetti assicurati, sia gli interessi della società.

Da una parte infatti vi è la società che sottoscrive il contratto in qualità di contraente, al fine di garantirsi: (i) in caso di azione propria (c.d. "company claim") nei confronti di *Directors* o *Officers*, un elevato grado di solvibilità di questi ultimi – normalmente il massimale della polizza è ben più alto del patrimonio personale degli esponenti aziendali, nonché (ii) in caso di azione dei soci o del terzo ex art. 2395 c.c., qualora la società "abbia indennizzato o sia consentito o richiesto a termini di legge alla società di tenere indenne l'assicurato dalla perdita pecuniaria", scaricando sull'assicuratore il relativo rimborso. Dall'altra parte gli Assicurati beneficiano della polizza che protegge il loro patrimonio personale da eventuali azioni sociali.

Si noti che con riferimento all'ipotesi dell'assicurazione della responsabilità civile

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

degli amministratori per il caso di azione sociale (c.d. "company claim"), il pagamento del premio da parte della società potrebbe porre il problema di una possibile analogia tra questa forma assicurativa e la rinuncia all'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c. Tuttavia, in tal caso la società non solo non abdica al proprio diritto di credito alla reintegrazione dei danni subiti dal patrimonio sociale, ma vede addirittura aumentare – attraverso il trasferimento del rischio dall'organo gestorio all'impresa assicuratrice – le possibilità di soddisfacimento delle proprie pretese risarcitorie.

Occorre peraltro sottolineare che, in ragione della struttura proprietaria o di controllo di ogni società, le polizze contemplano normalmente clausole – di contenuto ed ampiezza diverse – volte a limitare la copertura per i casi in cui l'azione sia promossa con il voto favorevole di soci che detengano direttamente o indirettamente percentuali qualificate (da determinarsi) del capitale sociale.

Nel senso di poter espressamente annoverare la società tra i soggetti terzi abilitati a presentare una richiesta di risarcimento per i pregiudizi economici direttamente cagionati alla società stessa (ex art. 2393 c.c.) vedasi la Comunicazione del 21 marzo 2006 dell'ANIA (su RC dei consiglieri di amministrazione, direttori generali e dei sindaci di società per azioni non operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo o nei servizi ad essi collegati).

Tale Comunicazione considera quale società paradigma di riferimento alla quale la copertura in oggetto sarebbe primariamente indirizzata, quella che riveste contemporaneamente la natura di "società aperta" (ovvero rivolta al pubblico od al mercato dei capitali quale strumento di finanziamento della produzione complementare a quello del credito) e "public company" (in cui ad un azionariato diffuso tra un numero elevato di soggetti si accompagnano organi collegiali costituiti da soggetti professionalmente qualificati e che operano con un ampio margine di indipendenza di giudizio). Conseguenze di tale struttura societaria sono (i) la presenza di una molteplicità di soggetti a cui sia riferibile la proprietà aziendale e (ii) la non identificazione tra il management e la proprietà. Secondo l'ANIA, tale ultimo requisito diventa assolutamente indispensabile quando sia richiesto di estendere il novero dei terzi (che possono esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dell'organo di gestione, dell'organo di controllo e dirigenti) anche alla società stessa.

L'ANIA precisa inoltre che qualora sia scelto questo schema "sarà necessario procedere alla verifica dei requisiti di indipendenza dei componenti degli organi di amministrazione rispetto al soggetto gestito nonché alla verifica dei requisiti di

professionalità e onorabilità degli stessi, funzionali ad accertare la separazione tra proprietà e amministrazione. Uno dei punti più delicati dell'estensione della garanzia alla tutela della società risiede, infatti, nella intrinseca difficoltà di riuscire a distinguere la proprietà dalla gestione e dalla inevitabile commistione della posizione di danneggiato e soggetto responsabile".

Si segnala che in taluni Paesi europei le società possono stipulare una ulteriore polizza D&O dedicata agli amministratori indipendenti on top della polizza D&O generale, che riservi parte del massimale della polizza generale appunto agli amministratori indipendenti: tale massimale non è aggredibile per il caso di sinistri posti in essere da amministratori non indipendenti.

(b) Spese legali

Ai sensi dell'art. 1917, comma 3, c.c. *"le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata".*

Stando a quanto riferitoci dai brokers assicurativi contattati vi sarebbe la possibilità di negoziare una clausola in cui si stabilisca che, nel caso in cui le spese giudiziali eccedano il 25% del massimale del danno, si possa erodere, per la parte di spese legali, in eccesso alla predetta soglia anche il massimale del danno.

(c) Casi di esclusione della polizza

I più ricorrenti casi di esclusione del risarcimento della polizza D&O sono quelli che derivano da:

- azioni dolose e fraudolente (la polizza copre invece il caso di colpa grave);
- lesioni personali (la polizza copre esclusivamente il danno patrimoniale);
- sostanze inquinanti
- danni materiali;
- l'effettivo ottenimento di qualsiasi utile o vantaggio personale al quale l'assicurato non avesse legalmente diritto;
- mancata adozione di regolamenti interni alla società (la polizza copre invece il caso del mancato rispetto dei regolamenti interni alla società);
- mancata o errata stipula di coperture assicurative (i.e.: la mancata copertura di

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

altri rischi, quali ad esempio, il rischio incendio, terrorismo, alluvione).

Normalmente non sono esclusi dal novero dei danni risarcibili quelli derivanti da un illecito commesso dall'assicurato con colpa grave (che dunque restano coperti), mentre il caso di dolo esclude sempre l'applicabilità della polizza.

Tale principio è infatti contenuto nel primo comma dell'articolo 1900 c.c., il quale recita che *"l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave"*, nonché nell'art. 1917, 1° c., c.c..

Di conseguenza, nel caso fosse accertato in giudizio che l'evento dannoso conseguente al comportamento professionale di un amministratore non fosse imputabile a colpa, ma fosse invece imputabile a dolo, la compagnia di assicurazione non si troverebbe obbligata, proprio per quanto disposto dall'art. 1900 c.c. e dall'art. 1917 c.c., ad alcun indennizzo.

(d) Garanzie particolari

Le polizze D&O possono inoltre fornire agli Assicurati la copertura:

- per le parcelle e le spese legali sostenute, derivanti dall'obbligo di legge per gli stessi di presenziare a qualsiasi indagine ufficiale, esame, inchiesta o altri procedimenti simili azionati da una autorità per fatti commessi dalla società (il rimborso delle spese avviene nell'ambito del massimale);
- per le spese sostenute al fine di recuperare l'immagine e la credibilità sul mercato (nell'ambito di un sottolimito di circa il 10% del massimale).

Per quanto attiene gli amministratori che si ritirano per fine mandato durante la vigenza della polizza, questi potranno essere automaticamente coperti per un periodo minimo di 1 anno ed un massimo di 5 anni dopo la scadenza della polizza D&O (il periodo è oggetto di negoziato).

(e) Periodo di osservazione

Nel caso in cui alla scadenza della polizza D&O la stessa non fosse rinnovata e la società non sottoscrivesse una analoga copertura con altro assicuratore, la con-

traente, se stabilito contrattualmente, avrà diritto di avvalersi di un periodo di osservazione che può variare da un minimo di 1 anno a un massimo di 5 anni, a fronte del pagamento di una percentuale dell'ultimo premio annuo corrisposto.

(f) Controllate

Nel caso in cui si verta in ipotesi di gruppo di società, la copertura è normalmente sottoscritta dalla capogruppo anche per conto delle sue controllate presenti e future.

A tal fine le polizze individuano diversi criteri per stabilire quando una società sia controllata da un'altra, quali ad esempio:

- *“detenzione da parte della contraente del controllo della maggioranza dei diritti di voto, anche sulla base di un patto intervenuto tra gli azionisti;*
- *detenzione da parte della contraente del controllo della composizione del consiglio di amministrazione;*
- *società rientranti nella c.d. “area di consolidamento”;*
- *società controllate ai sensi dell’art. 2359 c.c..*

Occorre in ogni caso sottolineare che la definizione di società controllata riportata in polizza ha rilievo solo tra le parti del contratto di assicurazione stipulato e può divergere – in senso più o meno ampio – rispetto a quelle elaborate dal legislatore”³⁶.

³⁶⁾ Cfr. P. Margotti, A. Guacci, P. Guachi, “La responsabilità civile nelle polizze di assicurazione”, Giuffrè, 2004, p. 339.

Cogliamo l’occasione di questa nota finale per esprimere un ringraziamento a Marsh e Rasini Viganò Assicurazioni, che ci hanno consentito un raffronto concreto sulle modalità operative di diverse compagnie di assicurazione.

(8)

Gianfranco Negri-Clementi

La mela di Newton

ovvero, dei grandi effetti e delle piccole cause.

Pochi negheranno che una grande legge dell'universo sia stata scoperta, in quel momento e da quella persona, in occasione e si dice conseguenza di un banale e naturale evento. Verrebbe da chiedersi cosa sarebbe accaduto se, quell'anno, le mele fossero maturate prima o dopo, o se i merli fossero stati più voraci, o una infinità di altre cose fosse avvenuta³⁷.

Da questo, -come da innumerevoli altri possibili esempi- l'elementare conclusione che anche un minimo fatto ha la capacità di generare, o non far generare, grandi eventi. E da qui anche l'ulteriore conclusione che nulla va estraniato dal mondo che lo circonda: che lo influenza e da cui è influenzato.

Perché dire questo, al termine di questo lavoro?

Perché quando abbiamo affrontato il tema della "responsabilità" (degli amministratori indipendenti, in questa sede) abbiamo dovuto anzitutto affrontare il tema dei loro obblighi – legali o contrattuali - dalla cui violazione colpevole deriva appunto la responsabilità. E nella elencazione di quegli obblighi ci siamo presto accorti che, dietro e sullo sfondo dei molti singoli adempimenti dovuti, ve ne è

³⁷⁾ (Per la verità, la storia che sir Isaac Newton stesse sotto l'albero osservando la mela cadere è contestata dagli storici accademici, i quali ricordano le sue scoperte sulla natura della luce, sulle leggi fondamentali della meccanica e sul calcolo infinitesimale, nonché le sue invenzioni sul telescopio a riflessione, per dedurre che Newton non potesse avere avuto tempo per stare sotto l'albero. Ma questa fredda e forse veritiera considerazione non smentisce la relazione tra piccole cause e grandi effetti. D'altronde anche Galileo ci è descritto appisolato in cattedrale ad osservare l'isocronismo delle oscillazioni di un lume a pendolo, e non ci è sottolineato che proprio da quelle osservazioni parti la grande rivoluzione del suo Dialogo sui Massimi Sistemi, e poi la sua incommensurabile vicenda umana.)

uno che causa e trascende ogni articolazione. E' l'obbligo della rettitudine.

Esso è un obbligo naturale, osservarlo non è nemmeno motivo di vanto. Violare tale obbligo non genera solo la responsabilità propria dell'atto commesso, ma provoca un generale inquinamento che, di per sé, è più grave effetto di quello proprio del singolo atto.

Quando l'amministratore agisce omettendo il dovuto o, peggio, commettendo il vietato, egli compie un atto (anche) gravemente diseducativo; quando l'amministratore persegue il puro profitto senza riguardo alcuno per la collettività nel cui ambito l'impresa stessa vive, egli compie un atto (anche) collettivamente dannoso; quando l'amministratore non si pone tra gli scopi della sua azione il rispetto ed anzi il miglioramento delle altrui condizioni di vita, egli vanifica gli obiettivi di generale elevamento economico e culturale, che sono le basi su cui costruire un modello sociale non effimero e quindi autenticamente prezioso.

Se questi sono, e sono sentiti, come obblighi, allora la responsabilità degli amministratori, e degli indipendenti in particolare, non è solo quella eventuale civile, penale o amministrativa, di cui si è parlato, ma è ancor prima una vera responsabilità sociale, che si accompagna a quella autonoma propria dell'impresa e che le sta, come dire, alla base.

L'impresa deve assolvere ad una funzione sociale, dei cui risultati dà evidenza nel suo omonimo bilancio: anche i suoi amministratori sono e devono sentirsi responsabili di attuare nella loro azione il realizzarsi di ogni migliore convivenza, comune progettualità, attesa. E' una responsabilità del futuro.

La responsabilità degli Amministratori Indipendenti

